



Institut Maurice Hauriou

« Faut-il adapter le droit des campagnes électorales ? »

Codirection :

- **Pierre Esplugas** (Maître de conférences, Université Capitole Toulouse I – Institut Maurice Hauriou)
- **Xavier Bioy** (Professeur, Université Capitole Toulouse I – Institut Maurice Hauriou)

1. Introduction

Adapter les règles du droit des campagnes électorales

(par Pierre Esplugas – Maître de conférences HDR, Université Capitole Toulouse I, Institut Maurice Hauriou)

L'adaptation du droit des campagnes électorales est aujourd'hui une idée partagée si l'on en juge par le foisonnement inédit de propositions visant depuis 2008 à réformer ce droit. Une partie de celles-ci a été provoquée indirectement par une décision du Conseil constitutionnel du 27 mars 2008 annulant l'élection du député de la 11^{ème} circonscription du Rhône, Georges Fenech, pour avoir réglé directement des dépenses en lieu et place d'un mandataire financier comme l'exige la loi¹. La question se posait alors de la proportionnalité de la sanction déclarant le député démissionnaire d'office et inéligible alors même que la bonne foi de l'intéressé pouvait être avancée. Doutant de cette proportionnalité, le président de l'Assemblée nationale, Bernard Accoyer, installa, en réaction, le 9 juin 2008, une mission parlementaire d'évaluation de la législation sur les comptes de campagne présidée par Pierre Mazeaud dont les conclusions ont été rendues en septembre 2009². Piquée au vif par une telle initiative, la commission des lois du Sénat constitua à son tour un groupe de travail chargé de réfléchir d'une manière plus large à l'évolution de la législation sur les campagnes électorales³. A ces propositions parlementaires, il convient d'ajouter notamment les préconisations formulées par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP) dans ses rapports d'activité de 2007⁴, 2008⁵ et 2009⁶ et les avis de la Commission supérieure de codification⁷. Enfin, certaines des propositions formulées ont trouvé leur traduction juridique dans ce qu'il est convenu d'appeler le « paquet électoral », composé de textes promulgués, par une heureuse coïncidence, le jour même où s'est tenu le présent colloque, soit le 14 avril 2011⁸.

¹ Cons. const., 27 mars 2008, *A.N. Rhône, 11^e circ.*, note B. Maligner, *AJDA* 2008, p. 1496.

² « Propositions de réforme de la législation sur le financement des campagnes électorales pour les élections législatives », Doc. fr., 2009.

³ Rapport d'information, Doc. Sénat, n° 186, 2010-2011, 15 déc. 2010, « Droit des campagnes électorales : moderniser, simplifier, sanctionner », *La Gazette des communes, des départements et des régions*, 11 févr. 2011.

⁴ XI^{ème} Rapport d'activité pour 2007, CNCCFP, Doc. fr., 2008, p. 53.

⁵ XII^{ème} Rapport d'activité pour 2008, CNCCFP, Doc. fr., 2009, p. 58 et s.

⁶ XIII^{ème} Rapport d'activité pour 2009, CNCCFP, Doc. fr., 2010, p. 31 et 99.

⁷ Commission supérieure de codification, XX^{ème} rapport d'activité pour 2009, Doc. fr, 2010, p. 32 ; XIX^{ème} rapport d'activité pour 2008, Doc. fr, 2009, p. 50.

⁸ LO n° 2011-10 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et des sénateurs, L. n° 2011-412 du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du Code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique, L. n° 2011-411 du 14 avril 2011 ratifiant l'ordonnance n° 2009-936 du 29 juillet 2009 relative à l'élection des députés par les Français établis hors de France.

Ces adaptations proposées ou réalisées s'inscrivent dans une évolution du droit des campagnes électorales que l'on peut qualifier de sinusoïdale. Le niveau bas de la sinusoïde correspond à une période antérieure à 1988 où les règles en vigueur, complétées largement par la jurisprudence, ne sont destinées qu'à assurer la moralité et la sincérité du scrutin. Le point où la courbe fléchit vers le haut peut être rattaché aux deux premières lois du 11 mars 1988 relatives à la transparence financière de la vie politique⁹. Il faut dire que la France a été longtemps, sur ce plan, une démocratie attardée. En effet, on sait que les premières législations sur le financement des campagnes électorales sont apparues dans les grandes démocraties bien plus tôt, à la fin du XIX^e siècle pour la Grande-Bretagne (1883) et se sont étendues à partir des années 1960-70 dans la plupart des autres démocraties (Suède – 1966 -, Etats-Unis – 1972 -, Italie – 1974 -, Espagne – 1985 -). Une des explications de ce retard était que, historiquement, le droit électoral a pu être considéré comme un « droit politique »¹⁰ et en quelque sorte comme la « chose des parties », des candidats et des élus en l'occurrence. C'est ce qu'illustre, par exemple, le système, en vigueur pour les élections parlementaires jusqu'en 1958, dit de la « vérification des pouvoirs » selon lequel les assemblées parlementaires étaient juges de l'élection de leurs membres. La législation applicable à partir de 1988 vient heureusement combler un vide en encadrant, dans un souci de transparence et d'égalité, les comptes de campagne des candidats. Depuis lors, cette législation n'a cessé d'être modifiée et complétée au point d'atteindre un pic de rigueur où la liberté de faire campagne des candidats serait entravée¹¹. La question se pose donc aujourd'hui s'il convient de faire fléchir la courbe dessinant l'évolution de la législation électorale dans le sens d'un assouplissement des règles en vigueur. C'est la thèse que, pour notre part, nous défendons.

Toutefois, hormis la question du financement de la vie politique, il est étonnant d'observer à quel point la France reste, malgré l'ancienneté des règles, une démocratie primitive. Par exemple, en matière de codification, propagande, recours contentieux ou sanctions, le droit des campagnes électorales demeure à bien des égards incomplet, lacunaire, inintelligible et inefficace. Pour reprendre la précédente image de la courbe sinusoïdale, nous plaçons donc pour qu'un point d'équilibre soit trouvé ; ce dernier correspondrait au croisement entre une première courbe sur le financement de la vie politique montrant la libéralisation des règles applicables et une seconde courbe illustrant le renforcement de celles-ci. Ce renforcement s'appliquerait principalement à des domaines hors la question du financement de la vie politique sans pour autant exclure qu'à ce propos, il soit procédé à des aménagements ponctuels en ce sens.

L'objet de cette communication est ainsi de montrer la nécessité d'adapter doublement les règles, d'une part, dans un sens libéral (I), d'autre part, dans le sens d'un renforcement (II).

I. La libéralisation des règles

⁹ L. n° 88-226 et n° 88-227, 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique.

¹⁰ En ce sens, v. F. Delpérée, *Le contentieux électoral*, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1998, p. 7 : « Il faut le reconnaître, le droit électoral est souvent ignoré, pour ne pas dire méprisé. Il relèverait de l'ordre du politique, plus que de l'ordre du juridique ».

¹¹ V. *infra*, X. Bioy, « La liberté de faire campagne ».

Deux idées communément répandues sont que le droit des campagnes électorales est complexe et rigoureux. Une évolution, déjà amorcée, devrait donc conduire en sens contraire à le libéraliser en le rendant à la fois moins complexe (A) et rigoureux (B).

A. La libéralisation des règles en vue d'un droit moins complexe

Un signe de complexité du droit des campagnes électorales est que les candidats préfèrent, en pratique, se référer aux divers « guides d'emploi », « mémentos », « vade-mecum », d'ailleurs plutôt bien faits mais dont la normativité est nulle, édictés par la CNCCFP, le ministère de l'intérieur ou les préfetures, qu'aux textes eux-mêmes.

Devant la complexité des règles, la tentation des candidats serait grande de s'exonérer de l'application de celles-ci. Toutefois, on doit remarquer que les taux de rejet des comptes de campagnes comptabilisés par la CNCCFP, toutes élections confondues, sont assez bas¹². Cela signifie sans doute que les règles sur le financement des campagnes électorales sont aujourd'hui intégrées par les candidats sans pour autant dire qu'elles soient bien vécues. Faute de bien maîtriser une telle législation, les candidats sont en effet en pratique amenés à prendre, de peur de commettre un manquement, un luxe de précautions vécues comme autant de contraintes. La CNCCFP note elle-même que « les candidats ont parfois des difficultés à satisfaire aux obligations que leur impose le Code électoral, ou à bien saisir la portée des dispositions applicables et s'y conformer; ces difficultés sont à l'origine de nombreuses décisions de rejet des comptes de campagne, ou à tout le moins de réformations pas toujours bien comprises »¹³.

Les textes du « paquet électoral » se sont évertués quelque peu, par une série de mesures ponctuelles, à simplifier le droit des campagnes électorales. Ainsi, la loi ordinaire du 14 avril 2011 crée pour le mandataire financier un « droit au compte » consistant en un droit à l'ouverture d'un compte bancaire ou postal¹⁴ et censé pallier les difficultés qu'ont les petits candidats de satisfaire à cette obligation légale. De plus, l'obligation d'établir un compte de campagne ne pèse plus désormais que sur les candidats qui ont obtenu au moins 1 % des suffrages exprimés¹⁵. De même, est dispensé de déposer un compte présenté par un expert-comptable « le candidat ou la liste dont il est tête de liste a obtenu moins de 1 % des suffrages exprimés et (...) n'a pas bénéficié de dons de personnes physiques (...) »¹⁶. Il s'agit là de mesures de bon sens qui ont pour but non seulement d'exonérer de démarches fastidieuses les petits candidats mais aussi de concentrer le contrôle sur les candidats dont le compte de campagne porte sur des sommes significatives.

¹² Les taux de rejet des comptes de campagne étaient, pour les élections législatives de 2007, de 2,50 %, pour les élections municipales de 2008, de 3,73 %, pour les élections cantonales de 2008, de 2,38 %, pour les élections européennes de 2009, de 11,87 % et, pour les élections régionales de 2010, de 5,12 % (source CNCCFP).

¹³ CNCCFP, *Xème Rapport d'activité pour 2007*, Doc. fr., 2008, p. 53.

¹⁴ L. n° 2011-412, 14 avril 2011 (art. 13).

¹⁵ L. n° 2011-412, 14 avril 2011 (art. 10, 1°) ; C. élect., art. L 52-12.

¹⁶ L. n° 2011-412, 14 avril 2011 (art. 10, 2°) ; C. élect., art. L 52-12.

La simplification opérée reste toutefois timide même s'il est vrai qu'il était peut-être difficile d'aller plus loin. En effet, si l'on observe dans le détail les motifs de rejets des comptes de campagnes, ceux-ci correspondent principalement à trois cas, le défaut de mandataire financier, le paiement direct et le défaut d'expert-comptable¹⁷. Or il s'agit de trois « formalités substantielles » de la législation sur le financement des campagnes dont on voit mal qu'elles soient supprimées au risque de bouleverser l'équilibre de cette législation. Au contraire, s'agissant de la question de la désignation du mandataire financier, le législateur en fait une condition de recevabilité de la candidature pour toutes les élections¹⁸. Le candidat doit désormais procéder à une telle désignation au moment de l'enregistrement de sa candidature. Une telle disposition a par nature pour effet de faire disparaître tout risque contentieux à ce sujet. Pour le reste, la marge d'adaptation est donc limitée.

B. La libéralisation des règles en vue d'un droit moins rigoureux

C'est naturellement le régime des sanctions qui exprime toute la rigueur du droit des campagnes électorales. Une libéralisation des règles a déjà été accomplie par la réforme résultant de l'adoption du « paquet électoral » concernant à la fois les sanctions financières décidées par la CNCCFP et les sanctions électorales décidées par le juge de l'élection.

Concernant tout d'abord les pouvoirs de sanction de la CNCCFP, la situation antérieure était d'une rigueur, pour ne pas dire absurdité, absolue. La Commission était en effet placée devant l'alternative du « tout ou rien » : soit elle validait le compte ce qui ouvrait droit à un remboursement de dépenses, soit le compte était rejeté ce qui privait le candidat de ce remboursement sans qu'elle ne puisse tenir compte du degré de gravité des manquements.

Très logiquement, le législateur reconnaît donc désormais à la CNCCFP un pouvoir de modulation du remboursement. Celle-ci peut effectivement, « dans les cas où les irrégularités commises ne conduisent pas au rejet du compte (...), réduire le montant du remboursement forfaitaire en fonction du nombre et de la gravité de ces irrégularités »¹⁹.

¹⁷ Le défaut de mandataire financier, le paiement direct et le défaut d'expert-comptable représentaient 79,1 % des cas de rejet des compte de campagne pour les élections législatives de 2007, 62,9 % pour les élections municipales de 2008, 79% pour les élections cantonales de 2008 et 94,6 % pour les élections européennes de 2009 (source CNCCFP).

¹⁸ L. n° 2011-412, 14 avril 2011 (art. 12).

¹⁹ C. élect., art. L 52-11-1, modifié par L. n° 2011-412 du 14 avril 2011 - art. 10.

Concernant ensuite les sanctions prononcées par le juge électoral, la rigueur du droit longtemps en vigueur résultait du fait que le rejet du compte de campagne d'un candidat entraînait une inéligibilité du candidat dont la durée, fixée à un an, était non modulable²⁰. Pour les élections parlementaires, l'inéligibilité était même automatique en ce sens que le Conseil constitutionnel ne pouvait prendre en compte la « bonne foi » du candidat²¹ admise pour les autres élections²². Cependant, même pour ces dernières, la « bonne foi » était entendue très strictement par la jurisprudence administrative en n'étant reconnue que dans des cas exceptionnels et en fonction de critères objectifs qui laissaient en fait peu de place à l'absence d'intention frauduleuse du candidat²³. Même si le Conseil constitutionnel est venu préciser que la rigueur d'une telle sanction était conforme à la Constitution²⁴, une évolution de la législation pouvait être jugée opportune. Celle-ci était d'autant plus acceptable que la sanction d'inéligibilité connaît peu d'équivalents en droit comparé²⁵.

Après avoir été suggérée notamment par les rapports d'activité de la CNCCFP²⁶ ou les observations du Conseil constitutionnel²⁷, cette évolution fut accomplie à l'occasion de l'adoption du « paquet électoral » du 14 avril 2011. Les textes adoptés disposent ainsi que le juge de l'élection prononce l'inéligibilité du candidat dont le compte de campagne a été rejeté à bon droit en cas de « volonté de fraude ou de manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales » et ajoutent que « l'inéligibilité (...) est prononcée pour une durée maximale de trois ans »²⁸.

²⁰ C. élect., ancien art. L 118-3.

²¹ C. élect., ancien art. LO 128.

²² C. élect., ancien art. L 118-3.

²³ V. Par ex., CE, Ass., 30 oct. 1996, *Elections municipales de Cavaillon*.

Pour une présentation globale des cas restrictifs où la jurisprudence admet la « bonne foi », v. B. Maligner, *Droit électoral*, Ellipses, 2007, n° 898 ; L. Touvet, Y.-M. Doublet, *Droit des élections*, Economica, 2007, n° 473.

²⁴ Cons. const., n° 2011-117 QPC, 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H.*

²⁵ Laurent Touvet et Yves-Marie Doublet notent par exemple qu'une inéligibilité de 3 à 5 ans existe dans la loi britannique en ayant été instituée par le *Representation of the people Act* de 1983 pour les candidats ayant dépassé le plafond des dépenses électorales ; en revanche, les propositions visant en Allemagne à introduire une telle sanction se sont soldées par un échec (*Droit des élections*, Economica, 2007, n° 472).

²⁶ Rapports d'activité CNCCFP pour 2007, 2008 et 2009.

²⁷ Observations du Conseil constitutionnel du 15 mai 2003 pour les élections législatives de 2002 et du 29 mai 2008 pour les élections législatives de 2007.

²⁸ LO n° 2011-410, 14 avril 2011 (at. 5), C. élect., nouvel art. LO 136-1 ; L. n° 2011-412, 14 avril 2011 (art. 16) ; C. élect., nouvel art. L 118-3.

Le nouveau texte repose donc sur un balancement entre, d'une part, une restriction des cas où l'inéligibilité est prononcée – la volonté de fraude ou le manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales – et, d'autre part, une plus grande sévérité - l'aggravation de la durée maximale de l'inéligibilité étendue de 1 à 3 ans. Cette évolution nous paraît logique : en établissant une « présomption de bonne foi » pour les candidats²⁹ et en renversant ainsi la charge de la preuve au juge de l'élection pour établir le comportement fautif, le droit électoral rejoint le droit commun des sanctions ; de même, le fait que le juge module la sanction en fonction de la gravité d'un manquement relève bien de son office. L'assouplissement est toutefois relatif car, comme le relève justement Bernard Maligner, le fait que le juge « prononce » l'inéligibilité et non plus « peut » la prononcer transforme une faculté en obligation³⁰. S'agissant de la durée de l'inéligibilité, notons que si la volonté du législateur était, en contrepartie de la restriction des cas, de l'aggraver, la rédaction retenue autorise également un assouplissement puisqu'il n'existe plus de « plancher » ; la sanction prononcée par le juge peut donc n'être, théoriquement, que de quelques jours ou semaines.

Par ailleurs, en matière de propagande, le législateur a enfin supprimé l'interdiction de distribution de tracts en période électorale³¹. Celle-ci n'était en effet pas respectée et était obsolète car ces dispositions trouvaient leur origine dans la volonté des pouvoirs publics après-guerre de limiter la consommation de papier dans un contexte de pénurie.

A ce stade, on peut s'interroger pour savoir si cette libéralisation est suffisante. Au risque de faire preuve de sacrilège, nous souhaiterions mettre l'accent sur un certain nombre d'adaptations possibles auxquelles s'est refusé jusqu'à présent le législateur car elles toucheraient, il est vrai, à l'économie générale de la législation mise en place depuis 1988.

Au cœur de cette législation figure le régime des dons pour lequel le législateur s'est voulu extrêmement rigoureux afin d'éviter les financements occultes et les pressions des puissances financières. Un des grands apports des lois intervenues à partir de 1990³² est ainsi d'interdire les dons des personnes morales, autres que ceux des partis politiques, et de limiter ceux des personnes physiques³³.

²⁹ H. Portelli, « Adoption définitive du paquet électoral », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, n° 16, 18 avril 2011, n° 286.

³⁰ V. *infra*, B. Maligner, « Faut-il adapter la législation sur le financement des campagnes électorales ? ».

³¹ Les articles du Code électoral L.165 pour les élections législatives, L. 211 pour les élections cantonales et L. 240 pour les élections municipales interdisaient « l'impression et l'utilisation, sous quelque forme que ce soit, de circulaires, tracts, affiches et bulletins de vote pour la propagande électorale, en dehors des conditions fixées par les dispositions en vigueur ». Ces dispositions ont été modifiées par l'article 7 de la loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 par la suppression de la mention des « tracts ».

³² L. n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques modifiée en particulier par L. n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie politique.

³³ C. élect., art. L 52-8.

Pourtant, la situation étant désormais assainie, on peut s'interroger sur l'opportunité d'assouplir ce régime. En ce sens, on doit noter que le plafond pour les dons des personnes physiques, aujourd'hui fixé à 4600 €, est très bas et n'a pas été modifié depuis 1990. La question peut donc se poser de savoir s'il ne serait pas temps de le relever. C'est ce qu'a d'ailleurs entendu, modestement, le législateur puisque désormais ce plafond sera actualisé tous les ans par décret sur la base de l'indice des prix à la consommation des ménages³⁴.

Doit-on aller plus loin et autoriser des dons accordés par des personnes morales ? Une réponse positive a été donnée récemment par la Cour suprême américaine en autorisant, au nom de la liberté d'expression déduite du 1^{er} amendement à la Constitution, une personne morale à financer une cause, par exemple par un film, défendue par un candidat³⁵. En France, la question est sans doute actuellement taboue tant le goût pour l'égalité est fort ce que permet précisément la législation en vigueur. Nous n'osons ainsi à peine avancer qu'une voie moyenne pourrait être d'autoriser des dons plafonnés ou des aides indirectes de personnes morales, ce qui permettrait à des candidats, toujours en recherche de moyens de financement, de faire plus librement campagne.

Ces adaptations pourraient concerner ensuite le principe de l'interdiction de l'utilisation de moyens publics posé, très logiquement, afin d'éviter le mélange des genres et d'assurer l'égalité entre candidats³⁶. On notera qu'à ce sujet le Conseil constitutionnel a tendance à se montrer plus sévère à l'égard d'un petit candidat (par exemple, le compte de campagne de Bruno Mégrét pour l'élection présidentielle de 2002 a été rejeté pour avoir utilisé des moyens communaux³⁷) que pour des candidats présumés plus importants (pour la même élection, le président de la République sortant, Jacques Chirac, ne dissimule pas dans ses « Mémoires » s'appuyer sur des personnes affectées à la présidence de la République, notamment le Secrétaire général Dominique de Villepin et le Secrétaire général adjoint Philippe Bas³⁸).

Passons encore sur les « acrobaties » matérielles que ce principe peut impliquer : par exemple, un ministre ou un élu d'une collectivité territoriale effectue un déplacement et couple son déplacement lié à sa fonction avec un déplacement de campagne : on peut le voir, en plein trajet, changer de voiture pour passer de la voiture de fonction à une voiture de location.

³⁴ L. n° 2011-412 du 14 avril 2011 (art. 8).

³⁵ Cour suprême des Etats-Unis, 21 janv. 2010, *Citizens united v. Federal election commission*, Comm. W. Mastor, *Constitution*, 2010, p. 456.

³⁶ Le principe de l'interdiction de l'utilisation de moyens publics n'a pas été affirmé directement par le code électoral mais se déduit d'un ensemble de dispositions de ce code concernant par exemple l'interdiction faite à tout agent de l'autorité publique ou municipale de distribuer des bulletins de vote, professions de foi et circulaire des candidats (art. L 50), l'interdiction de promotion de réalisation d'une collectivité publique (art. L 52-1) ou l'interdiction de dons par une personne morale (art. L 52-8).

³⁷ Cons. const, 26 sept. 2002.

³⁸ « Mémoires » de J. Chirac, T. 2, *Le temps présidentiel*, Nil, 2011.

Nous voudrions simplement dénoncer l'hypocrisie dans l'application de cette disposition. En principe, un collaborateur de cabinet d'une collectivité publique ne saurait participer à une campagne électorale. Cependant, par essence, celui-ci fait partie des plus proches collaborateurs de l' élu. Il n'est donc pas illogique que lorsque l' élu devient candidat, il s'appuie sur ses collaborateurs de cabinet. Sans évoquer des pratiques illégales dont on ne peut exclure qu'elles existent, une technique permettant de contourner l'interdiction d'utiliser des moyens publics est que ces collaborateurs soit démissionnent, ce qui est assez lourd et contraignant pour eux, soit prennent leurs congés... pour travailler sur la campagne. Sans vouloir paraître trop audacieux, ne faudrait-il pas lever cette hypocrisie et autoriser que des collaborateurs accompagnent leurs élus au cours de la campagne quitte à inclure une partie de leur rémunération dans le compte de campagne de l' élu-candidat ?

Une autre conséquence de ce principe est l'interdiction de faire de la promotion de la réalisation d'une action d'une collectivité publique, en particulier territoriale, six mois avant une élection³⁹. On peut objecter à l'encontre de cette disposition que les collectivités territoriales ne s'arrêtent pas de fonctionner lors d'une campagne électorale et ne doivent pas être la « belle au bois dormant ». Il peut donc paraître excessif, de ce point de vue, de sanctuariser cette période en les empêchant de valoriser leurs actions. Or cette législation conduit en pratique les responsables d'une collectivité territoriale à faire preuve d'une excessive prudence et à bloquer toute opération de communication. Par exemple, le présent colloque, se déroulant en période d'élection cantonales, n'a pu être parrainé, en application d'une lecture stricte de cette prescription, par le Conseil général du territoire où il se déroulait. Une adaptation possible aurait pu être de réduire le délai de six mois pendant lequel s'applique cette interdiction. Ce délai aurait été de la sorte aligné sur celui concernant l'interdiction, comparable et insérée d'ailleurs dans la même disposition du code électoral, d'utiliser des procédés de publicité commerciale qui était de trois mois⁴⁰. C'est bien la logique de l'alignement qui a prévalu mais dans le sens, que nous regrettons, du durcissement de l'interdiction d'utiliser de tels procédés pendant six mois au lieu de trois⁴¹.

³⁹ C. élect., art. L 52-1, al. 2.

⁴⁰ C. élect., art. L 52-1, al. 1.

⁴¹ LO n° 2011-412, 14 avril 2011, art. 6.

Il conviendrait encore, à notre sens, de raccourcir la période excessivement longue d'un an couverte par le compte de campagne⁴². La CNCCFP note elle-même, à propos de l'élection présidentielle de 2007 que « les candidats n'entrent le plus souvent en campagne que quelques mois avant cette date, dès qu'ils sont officiellement investis par leur parti »⁴³. Cela est encore plus vrai pour les élections autres que présidentielle qui en pratique se ramènent à quelques mois, voire quelques semaines. De plus, le président de la CNCCFP, François Logerot, a pu faire valoir que le suivi des dépenses par sa Commission sur une période aussi longue était très complexe à effectuer⁴⁴. C'est pourquoi un raccourcissement de la période de référence à six mois, d'ailleurs proposé par les missions d'informations instituées par l'Assemblée nationale⁴⁵ et le Sénat⁴⁶, paraîtrait raisonnable. Un tel délai aurait pour mérite de s'aligner sur celui désormais en vigueur pour les interdictions en matière de propagande⁴⁷.

Enfin, le droit des campagnes électorales applicable aux médias audiovisuels mériterait, de notre point de vue, d'être libéralisé, du moins pour l'élection présidentielle. En effet, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a sensiblement renforcé ce droit spécifiquement pour l'élection présidentielle de 2007. Dans le cadre de sa mission générale de garant du pluralisme de l'expression des courants de pensée et d'opinion, celui-ci adresse avant chaque élection des recommandations aux éditeurs de services de radio et de télévision pour organiser le traitement médiatique de la campagne de l'élection concernée⁴⁸. Pour l'élection présidentielle de 2007, la recommandation du 7 novembre 2006 alourdit le cadre juridique applicable, d'une part, concernant la date, qui est avancée par rapport à l'élection présidentielle de 2002 d'un mois⁴⁹, d'autre part, en organisant, non plus deux, mais trois périodes fixant des contraintes pour les services de radio et de télévision afin de garantir le pluralisme. Ainsi, une première période dite « préliminaire » (courant du début de l'application de la recommandation à la veille de la publication de la liste des candidats établie par le Conseil constitutionnel) est caractérisée par « l'équité des temps de parole et d'antenne » au bénéfice des candidats déclarés ou présumés ; une « période intermédiaire » (courant du jour de la publication de la liste des candidats établie par le Conseil constitutionnel à la veille du début de la campagne dite « officielle ») est caractérisée par « l'égalité des temps de parole » et « l'équité des temps d'antenne » au bénéfice des candidats figurant sur la liste établie par le Conseil constitutionnel ; une « période de campagne » (du début de la campagne officielle jusqu' au jour du second tour de l'élection) est caractérisée par « l'égalité dans des conditions de programmation comparables » au bénéfice des candidats figurant sur la liste établie par le Conseil constitutionnel.

⁴² C. élect. art. L 52-4.

⁴³ CNCCFP, *Xème Rapport d'activité pour 2007*, Doc. fr., 2008, p. 22.

⁴⁴ Audition devant la mission d'information du Sénat, *op. cit.* p. 178.

⁴⁵ Rapport rendu par la mission parlementaire d'évaluation de la législation sur les comptes de campagne présidée par Pierre Mazeaud, *op.cit.* p. 13.

⁴⁶ Rapport d'information, proposition n° 13, *op. cit.* p. 187.

⁴⁷ V. *supra*.

⁴⁸ L. n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, art. 16.

⁴⁹ Pour l'élection présidentielle de 2002, la recommandation du CSA du 23 octobre 2001 s'appliquait à partir du 1^{er} janvier 2002 ; pour l'élection présidentielle de 2007, celle-ci s'appliquait à partir du 1^{er} décembre 2002.

Ce régime repose donc, pour une part, sur la notion « d'équité » définie, de manière délibérément souple selon la méthode du faisceau d'indices, à partir de la représentativité des candidats en prenant en compte, en particulier, les résultats que le candidat ou la formation politique le soutenant ont obtenus aux plus récentes élections, notamment à l'élection présidentielle précédente et la capacité à manifester concrètement l'intention affirmée d'être candidat évaluée par des actes tels que l'organisation de réunions publiques, la participation à des débats, la désignation d'un mandataire financier, et, plus généralement, toute initiative permettant de porter à la connaissance du public les éléments du programme du candidat. Le régime repose encore, pour une autre part, sur « l'égalité », plus simple à définir mais aussi plus rigoureuse, qui implique que les temps de parole et d'antenne des candidats et de leurs soutiens soient égaux.

On comprend bien la volonté du CSA d'organiser un régime rigoureux permettant en particulier de « casser le cercle » selon lequel un « petit candidat » ne pourra jamais devenir un « grand candidat » s'il ne bénéficie pas du même traitement médiatique que d'autres. Cependant, l'égalité stricte rigidifie de manière excessive l'accès des candidats aux médias audiovisuels. Leurs responsables se bornent effectivement à une approche strictement comptable des temps de parole et d'antenne, sans que l'intérêt rédactionnel soit toujours pris en compte. Les rédactions sont en ce sens amenés à inviter ou filmer un candidat sans qu'un quelconque intérêt lié à l'actualité le justifie ou au contraire à traiter en quelques secondes un événement lié à l'actualité d'un candidat qui, pourtant, justifierait un traitement plus important. Pire encore, devant tant de rigidité, certains organes de presse préfèrent aujourd'hui radicalement ne pas traiter la campagne électorale. Le risque existe donc que le débat politique ait lieu essentiellement sur Internet partiellement hors de la juridiction du CSA.

Conscient de ces difficultés, le CSA propose lui-même dans son rapport sur la campagne de l'élection présidentielle de 2007, outre de réduire la durée d'application de la recommandation, de supprimer la période intermédiaire⁵⁰. Il nous paraît nécessaire d'assouplir davantage le régime applicable à l'élection présidentielle et que celui-ci s'aligne sur celui applicable aux élections locales⁵¹, législatives⁵² et européennes⁵³. Pour ces élections, la règle est uniquement celle de l'équité et non celle de l'égalité ce qui permet de concilier efficacement le pluralisme des courants d'idées et d'opinion et la liberté de communication.

II. Le renforcement des règles

Le renforcement des règles du droit des campagnes électorales a pour objectif de rendre celui-ci plus intelligible (A) et plus efficace (B).

A. Le renforcement des règles en vue d'un droit plus intelligible

⁵⁰ *Rapport sur la campagne de l'élection présidentielle de 2007. Bilan et propositions*, adopté le 6 novembre 2007, Doc. fr., p. 8.

⁵¹ Recommandation n° 2007-7 du 13 novembre 2007 en vue des élections cantonales et municipales de mars 2008.

⁵² Recommandations des 18 avril et 10 mai 2007 en vue des élections législatives des 10 et 17 juin 2007.

⁵³ Recommandation du 24 mars 2009 en vue de l'élection des représentants au Parlement européen du 7 juin 2009.

L'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui s'applique y compris en matière électorale⁵⁴, est, s'agissant de cette matière, quelque peu malmené. Un premier facteur d'inintelligibilité résulte du caractère ancien de la source principale du droit des campagnes électorales qu'est le Code électoral. Ce dernier, datant de 1956⁵⁵, a perdu de sa cohérence au fil de l'empilement des réformes successives. Son caractère obsolète se manifeste, par exemple, s'agissant du régime des inéligibilités. Certaines fonctions visées par le code électoral, en effet, soit n'existent plus, soit n'ont plus le caractère sensible ou important qui justifiait une inéligibilité. Il en est ainsi par exemple des fonctions, qui empêchent d'être élu conseiller général, comme « ingénieurs en chef chargés de la direction d'un établissement du service des manufactures de tabac », « inspecteurs des manufactures de tabac et directeurs du service de la culture et des magasins de tabac », « ingénieurs en chef, ingénieurs principaux, ingénieurs des travaux et autres agents du génie rural, des eaux et des forêts » ou encore « inspecteurs des instruments de mesure »⁵⁶. Un progrès sensible a toutefois été accompli par la loi n° 2011-410 du 14 avril 2011 qui a actualisé les cas d'inéligibilité pour les fonctions de parlementaires⁵⁷. Parmi les innovations notables figurent la définition de manière générale des fonctions de « directeurs, directeurs adjoints et chefs de service des administrations civiles de l'État dans la région ou le département »⁵⁸. Une intervention du législateur sur le même modèle serait ainsi souhaitable pour l'ensemble des cas d'inéligibilité afin de substituer une énumération vaine de fonctions précises donnant lieu à incompatibilité ou inéligibilité par la mention de fonctions définies d'une manière plus générale.

En outre, non seulement le droit des inéligibilités et incompatibilités peut être à certains égards obsolète mais aussi incohérent. Ainsi, par exemple, les ingénieurs et chefs de section des travaux publics de l'Etat sont inéligibles dans le cadre d'un mandat municipal⁵⁹ alors que ces mêmes fonctions provoquent une incompatibilité avec un mandat de conseiller général⁶⁰ ou régional⁶¹ sans qu'une quelconque logique vienne justifier ce régime différencié. Une uniformisation commune à toutes les élections du régime des inéligibilités et des incompatibilités serait donc utile.

⁵⁴ Cons. const., n° 2003-475 DC, 24 juill. 2003, *Loi portant réforme de l'élection des sénateurs*.

⁵⁵ Décret n° 56-981 du 1^{er} octobre 1956.

⁵⁶ C. élect., art. L. 195, 13°, 14°, 15°.

⁵⁷ L. n° 2011-410 du 14 avril 2011, art. 1.

⁵⁸ C. élect., art. LO 132, 4°.

⁵⁹ C. élect., art. L. 231.

⁶⁰ C. élect., art. L. 207.

⁶¹ C. élect., art. L. 343.

Surtout, l'inintelligibilité du droit des campagnes électorales résulte du caractère disparate de ses sources en ce sens que toutes les élections ne sont pas régies par le Code électoral : ce sont en effet des lois non codifiées qui régissent l'élection présidentielle⁶² et les élections européennes⁶³. Une adaptation élémentaire serait de regrouper le régime de ces élections au sein du code électoral. Les consultations référendaires en application de l'article 11 ou 89 de la Constitution sont organisées par décrets. Au demeurant, le vote à l'occasion d'une consultation référendaire semble justifier, au vu de l'article 34 de la Constitution selon lequel « le législateur fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques », la compétence législative. Il paraîtrait pour le moins logique, sans qu'aucun obstacle technique ou juridique ne s'y oppose, de rattacher le régime législatif de ce qui s'apparente en des opérations électorales au code électoral. Enfin, les lois importantes n° 88-226 et n° 88-227 du 11 mars 1988 ne sont pas non plus contenues dans le code électoral. C'est précisément l'objet du travail entamé en 2007 par la Commission supérieure de codification que de procéder à une refonte complète du code électoral de façon à lui redonner une cohérence et un caractère exhaustif⁶⁴. Les conclusions de cette Commission initialement attendues pour 2010 pourraient donner lieu à une codification par voie d'ordonnances qui doit intervenir avant le 14 octobre 2011 sous peine de rendre caduque l'habilitation législative⁶⁵.

De plus, le droit des campagnes électorales n'est pas un droit homogène en ce sens que les règles sont différentes selon les types des élections. Les textes issus du « paquet électoral » pallient, dans une certaine mesure, cette difficulté. La loi du 14 avril 2011 étend ainsi la législation sur le financement des campagnes électorales aux élections sénatoriales⁶⁶. On s'étonnera tout de même qu'il ait fallu attendre une vingtaine d'années après la mise en vigueur de cette législation pour les élections législatives pour unifier le droit des élections parlementaires.

En revanche, la législation sur le financement des campagnes électorales n'est toujours pas applicable aux circonscriptions comprises en 3500 et 9000 habitants ce qui concerne en pratique un grand nombre de communes et un certain nombre de cantons. Il s'agit là d'une hypothèse où une meilleure intelligibilité du droit (un même droit applicable à toutes les élections) se heurte à sa simplification. On peut en effet estimer raisonnable que dans des circonscriptions où les sommes engagées ne sont, en toutes hypothèses, pas excessives que la législation sur le financement des campagnes électorales n'ait pas été étendue. De surcroît, une telle extension aurait eu pour inconvénient d'alourdir considérablement la charge de travail de la CNCCFP.

⁶² L. n° 62-1292, 6 nov. 1962.

⁶³ L. n° 77-729, 7 juill. 1977.

⁶⁴ Le périmètre et le plan du futur code électoral sont précisés par le 19^{ème} rapport d'activité pour 2008 de la Commission supérieure de codification (Doc. fr, 2009, p. 50).

⁶⁵ L. n° 201-412 du 14 avril 2011 (art. 28).

⁶⁶ L. n° 2011-412, 14 avril 2011 (art. 20) ; C. élect., art. L. 308-1 al. 1^{er} : « Le chapitre V bis du titre Ier du livre Ier est applicables aux candidats aux élections sénatoriales ».

Un autre facteur d'hétérogénéité du droit des campagnes électorales réside dans la diversité des dates requises selon les élections afin d'engager des démarches ou interdire des activités. De manière opportune, le législateur y a partiellement remédié en harmonisant les dates concernant le dépôt des comptes de campagne⁶⁷. De même, une source de confusion était que la distribution de documents de propagande pouvait être effectuée la veille du scrutin alors même que la campagne était close dans les médias audiovisuels l'avant-veille du scrutin. Le législateur a supprimé cette source de confusion en alignant la date de clôture de la campagne électorale pour la distribution de documents de propagande sur celle applicable dans les médias audiovisuels⁶⁸.

En revanche, il est regrettable que le législateur se soit, par exemple, abstenu d'harmoniser les dates et conditions de dépôt des déclarations de candidature, les dates d'ouverture des campagnes électorales ou encore les délais de recours contentieux contre les élections, autant d'éléments qui ne sont presque jamais les mêmes selon les élections.

L'absence d'homogénéité du droit des campagnes électorales tient encore au fait que les règles applicables aux organes de presse durant une telle période sont différentes selon la nature des médias en cause. Nous avons en effet précédemment dénoncé l'excès de rigidité des règles applicables aux médias audiovisuels alors même que celle-ci contraste avec la liberté des organes de presse écrite. Ces derniers sont en effectivement libres de prendre position en faveur de l'un ou l'autre des candidats dans le cadre des campagnes électorales sans que ces prises de position ne constituent des actes de propagande en faveur du candidat qui en bénéficie. On peut toutefois s'interroger si cette liberté ne doit pas impliquer une responsabilité particulière lorsque la presse quotidienne régionale est, comme c'est souvent le cas, en situation de monopole de fait. Il pourrait ainsi paraître opportun, du moins pour les élections locales, que les organes de presse écrite soient astreints également à une obligation de pluralisme et d'équité de traitement.

Faute de textes clairs ou complets, le juge administratif est naturellement venu combler la défaillance du législateur. Sa jurisprudence est certes souvent intelligente, parfois constructive, si ce n'est prétorienne⁶⁹, mais, par nature, dans tous les cas ne présente pas les garanties d'accessibilité et de sécurité pour les citoyens inhérentes à celles d'un texte. L'intervention du juge s'est manifestée notamment en matière de propagande électorale. Au demeurant, ce terme même, auquel un livre du code électoral y est consacré⁷⁰, peut apparaître quelque peu connoté et désuet. Le terme de « communication électorale » nous semble davantage correspondre à la réalité contemporaine des campagnes électorales.

⁶⁷ C. élect., art. L 52-12, 2^{ème} al. modifié par L. n° 2011-412 du 14 avril 2011 - art. 10 : « Au plus tard avant 18 heures le dixième vendredi suivant le premier tour de scrutin, chaque candidat ou candidat tête de liste présent au premier tour dépose à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques son compte de campagne ... ».

⁶⁸ C. élect., art L. 49 modifié par L. n° 2011-412 du 14 avril 2011 - art. 4.

⁶⁹ En ce sens, v. Rapport d'information. Doc. Sénat, n° 186, 2010-2011, 15 déc. 2010, « Droit des campagnes électorales : moderniser, simplifier, sanctionner », *La Gazette*, 11 févr. 11 févr. 2011, p. 165.

⁷⁰ C. élect., Livre 1^{er}, Titre 1^{er}, chapitre V : « Propagande ».

Au delà de cette précision terminologique, l'inadaptation du code électoral tenait surtout à l'absence de prise en compte par les dispositions relatives à la propagande des technologies de l'information et de la communication (TIC), dont Internet, pourtant aujourd'hui utilisées massivement dans les campagnes électorales. Sans doute, cette lacune a t-elle-été compensée avec pragmatisme par la jurisprudence du Conseil d'Etat dont la ligne directrice est de soumettre les TIC à la législation de droit commun. Pour autant, la jurisprudence à ce sujet reste subtile : il a été décidé, par exemple, que la réalisation et l'utilisation d'un site de campagne constituent une forme de propagande électorale par voie de communication audiovisuelle mais non un procédé de publicité commerciale interdit par l'article L 52-1 du code électoral⁷¹ ; en revanche, le référencement commercial d'un site de candidat sur un moteur de recherche constitue bien un procédé prohibé de publicité commerciale⁷². Compte tenu de ces subtilités, il est bienvenu que la loi du 14 avril 2011 ait explicitement décidé que « les interdictions et restrictions (prévues par le code électoral) en matière de propagande électorale sont applicables à tout message ayant le caractère de propagande électorale diffusé par tout moyen de communication au public *par voie électronique* »⁷³.

Indépendamment de la question des TIC, le législateur a repris littéralement une jurisprudence classique en matière de propagande selon laquelle « il est interdit à tout candidat de porter à la connaissance du public un élément nouveau de polémique électorale à un moment tel que ses adversaires n'aient pas la possibilité d'y répondre utilement avant la fin de la campagne électorale »⁷⁴. Même si cette disposition législative n'apporte rien de plus sur le fond, il est toujours préférable, ne serait-ce que pour des raisons d'accessibilité, qu'une règle, fut-elle bien établie, soit explicitement consacrée par un texte écrit.

En outre, le juge administratif est intervenu pour pallier l'absence, étonnante, de véritable définition d'une notion aussi centrale que celle de « dépenses électorales ». Celle-ci n'est effectivement définie par le législateur que de manière tautologique en étant présentées comme des « dépenses engagées en vue de l'élection »⁷⁵.

⁷¹ CE, 8 juill. 2002, *Elections municipales de Rodez*.

⁷² CE, 13 févr. 2009, *Elections municipales de Fuveau*.

⁷³ C. élect., art. L 48-1 créé par L. n°2011-412 du 14 avril 2011 - art. 2.

⁷⁴ C. élect., art. L 48-2 créé par L. n°2011-412 du 14 avril 2011 - art. 3.

⁷⁵ C. élect., art. L 52-4.

Très logiquement, la jurisprudence administrative a compris cette disposition de manière pragmatique en considérant que de telles dépenses sont « remboursables » et sont celles dont « la finalité est l'obtention des suffrages des électeurs »⁷⁶. De la sorte, la jurisprudence retient une conception stricte de la notion de dépense électorale qui ne nous semble pas adaptée. Par exemple, elle a exclu les dépenses concernant les repas pris par le candidat avec son équipe de campagne et ses colistiers sauf « circonstances particulières »⁷⁷ ; pour autant, de tels repas paraissent bel et bien des « dépenses engagées en vue de l'élection » quand bien même leur finalité ne soit pas « l'obtention des suffrages des électeurs » ; ceci conduit au demeurant les membres de l'équipe et les colistiers à payer personnellement cette dépense alors que les uns sont dans un cadre professionnel, les autres dans celui de l'élection, ce qui nous paraît injuste. De même, une dépense électorale ne peut être engagée qu'à l'intérieur d'une circonscription ; par conséquent, par exemple, le déplacement d'un candidat aux élections européennes dans un pays membre de l'Union européenne pour débattre avec un autre candidat ne peut pas en principe être pris en compte comme une dépense électorale, ce qui nous paraît illogique ; toutefois, il est vrai que la CNCCFP et le Conseil d'Etat ont assoupli à ce sujet leur doctrine et leur jurisprudence en admettant que des dépenses correspondant à des frais de transports effectués en dehors de la circonscription qui présentent « un effet utile en vue de l'élection » pouvaient, sous conditions, notamment si le déplacement a comme point de départ l'intérieur de la circonscription, être comprises comme des dépenses électorales⁷⁸.

⁷⁶ CE, 27 juin 2005, *Gourlot*, n° 272551, comm. B. Maligner, *AJDA*, 2005, p. 2071.

⁷⁷ CE, 27 juin 2005, *Gourlot*, n° 272551. La jurisprudence administrative sur les frais de restauration de l'équipe de campagne reprend sur ce point la doctrine de la CNCCFP qui est en particulier exposée dans son XIII^{ème} Rapport d'activité pour 2009 (Doc. fr., 2010, p. 88).

⁷⁸ CE, 23 avril 2009, *M. Duhautois*, note B. Maligner, *AJDA*, 2009, p. 1833.

Pour sa part, la CNCCFP, légitimement soucieuse de l'utilisation des deniers publics comprend de telles dépenses de manière encore plus stricte⁷⁹. C'est cette logique qui a conduit la Commission à ne pas considérer, en principe, les dépenses engagées dans le cadre d'une élection primaire à l'élection présidentielle comme des « dépenses engagées en vue de recueillir le suffrage des électeurs » mais comme simplement des dépenses de pré-campagne⁸⁰. Toutefois, la position de la Commission est en réalité plus nuancée et réserve l'hypothèse où « le candidat désigné à l'issue des primaires a engagé avant cette date des dépenses dont la finalité était l'obtention du suffrage des électeurs lors de l'élection présidentielle à venir, alors qu'il n'était encore que « pré-candidat », ces dépenses seraient à considérer, au cas par cas (...), comme des dépenses électorales remboursables à inscrire au compte de campagne ». L'absence de règles législatives claires oblige donc la CNCCFP à adopter une position « d'équilibrisme » ne permettant pas de savoir avec certitude si toutes les dépenses engagées dans le cadre d'une élection primaire ne sont que des dépenses de pré-campagne. De plus, au-delà de la position de la Commission, il faut bien avoir conscience que ce type d'élections constitue en réalité des opérations de communication servant à promouvoir la personne ou le programme d'un candidat. Dans ces conditions, on peut tout à fait concevoir que les dépenses engagées pour des élections primaires soient des dépenses électorales.

Pour l'ensemble de ces raisons, le législateur devrait donc préciser ce que sont les dépenses électorales qui constituent un des socles de la législation sur le financement des campagnes électorales. Une définition plus large pour soumettre en toute logique à la législation sur le financement des campagnes des dépenses qui sont bien engagées « en vue de l'élection », sans pour autant avoir *directement* pour finalité l'obtention des suffrages des électeurs, nous paraît davantage pertinente. A cet égard, Bernard Maligner propose de considérer que sont des dépenses électorales celles « exposées par les candidats, avec leur accord et par ceux qui le soutiennent, dans l'année qui précède l'élection jusqu'au jour où celle-ci est acquise, et qui servent à promouvoir la personne ou le programme d'un candidat, voire sa sécurité »⁸¹.

Cependant, une telle définition pourrait avoir pour effet, en l'état actuel de la jurisprudence administrative et de la pratique décisionnelle de la CNCCFP, d'élargir considérablement le champ des dépenses remboursables ce qui serait donc néfaste pour l'économie des deniers publics. L'élargissement de la notion de dépenses électorales devrait donc être accompagné d'une distinction en son sein entre des dépenses remboursables et celles non remboursables comme, par exemple, les dépenses engagées pour des « gadgets électoraux » ou dans le cadre d'une élection primaire.

⁷⁹ Par exemple, pour la CNCCFP, l'achat de « gadgets électoraux » du types porte-clés, stylos, briquets, dans la mesure où ceux-ci ne servent qu'à promouvoir l'image du candidat, ne sont pas des dépenses électorales. Toutefois, la Commission n'ayant pas été suivie sur ce point par le Conseil d'Etat (CE, 14 juin 2010, *Mme Le Pen*), celle-ci est prête à revoir sa position (v. 13^{ème} Rapport d'activités, 2010, Doc. fr., 2011, p. 74).

⁸⁰ « S'agissant des candidats à l'investiture de leur parti (« précandidats »), la commission estime que les dépenses engagées, dans le cadre de manifestations internes au parti aux fins de désigner son candidat, visent uniquement à obtenir les suffrages des militants, des adhérents et des personnes intéressées par le processus de vote. Elles ne présentent donc pas, en principe, le caractère de dépenses engagées en vue de recueillir le suffrage des électeurs et n'ont donc pas à figurer au compte de campagne du candidat investi par le parti. » (Déc. CNCCFP, 11 avril 2011 relative à la présentation des comptes de campagne en vue de l'élection présidentielle, JORF n°0093 du 20 avril 2011, p. 6954).

⁸¹ B. Maligner, *Droit électoral*, Ellipses, 2007, n° 467 et s.

B. Le renforcement des règles en vue d'un droit plus efficace

L'efficacité d'une législation repose, pour partie, sur l'existence de sanctions applicables en cas de non respect de celle-ci. C'est précisément en vue de rendre le droit des campagnes électorales plus effectif que les sanctions en ce domaine ont été récemment renforcées dans trois hypothèses.

Ainsi, en premier lieu, une faille existait dans le système de déclaration de situation patrimoniale à laquelle sont astreints un certain nombre d'élus en début et en fin de mandat⁸² ainsi que les candidats à l'élection présidentielle⁸³. Des sanctions étaient sans doute prévues pour les personnes qui négligent de se conformer aux obligations de déclaration de leur situation patrimoniale⁸⁴ mais aucune pour celles ayant établi une déclaration mensongère. Logiquement, les lois du 14 avril 2011 ont corrigé cette lacune en punissant le fait d'établir une telle déclaration d'une amende et de l'interdiction des droits civiques⁸⁵.

En second lieu, l'inefficacité des sanctions résultait de l'absence de « guichet unique » pour le remboursement des dépenses de campagne en cas de réformation de la décision de la CNCCFP par le juge électoral : soit ce dernier approuvait le compte rejeté par la CNCCFP, les candidats devaient de nouveau la saisir pour la fixation du remboursement des dépenses ; soit le juge électoral rejetait le compte approuvé par la CNCCFP, il n'existait pas alors de procédures permettant d'obtenir le reversement du remboursement. Désormais, le juge fixe lui-même dans sa décision le montant du remboursement forfaitaire dû ce qui abrègera la procédure et garantira le paiement des sommes dues⁸⁶.

⁸² Pour les députés, C. élect., art. LO 135-1 ; pour les députés européens et les titulaires de fonctions exécutives locales, L. n° 88-227, 11 mars 1988, art. 2.

⁸³ L. 6 nov. 1962, art. 3.

⁸⁴ Au vu de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988 (art. 5), les personnes ayant négligé de se conformer aux obligations de déclaration de leur situation patrimoniale encourent une inéligibilité temporaire d'un an aux fonctions exercées ainsi que l'absence de remboursement forfaitaire des dépenses électorales.

⁸⁵ L. n° 2011-412, 14 avril 2011, art. 24 ; LO n° 2011-410 14 avril 2011, art. 2.

⁸⁶ C. élect., art. L 118-2 modifié par LO n° 2011-412, 14 avril 2011, art. 15.

En troisième lieu, on pouvait trouver incohérent que les manquements aux règles relatives au financement des campagnes électorales soient sanctionnés par une inéligibilité alors que la fraude électorale n'était sanctionnée que par l'annulation de l'élection. De surcroît, dans cette dernière hypothèse, la sanction n'intervient que dans les seuls cas où l'écart de voix est suffisamment faible pour que le juge considère que la fraude a faussé les résultats du scrutin⁸⁷. Un alignement des sanctions applicables semblait d'ailleurs d'autant plus se justifier que les manquements en matière de règles relatives au financement des campagnes comme en matière de fraude électorale ont eux-mêmes été alignés puisqu'ils supposent tous deux désormais une fraude délibérée⁸⁸. C'est pourquoi, la loi du 14 avril 2011 a créé une sanction d'inéligibilité en cas de fraude électorale⁸⁹. Il reste toutefois à savoir si le juge parachevera le rapprochement de ces deux logiques en usant de sa faculté de prononcer effectivement une inéligibilité en cas de fraude électorale ou s'il s'en tiendra à sa jurisprudence antérieure d'annuler simplement l'élection.

Indépendamment de la question des sanctions, l'efficacité du droit des campagnes électorales peut être améliorée s'agissant des sondages électoraux. Le cadre juridique est en l'occurrence aujourd'hui fixé par la loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la « publication à la diffusion de certains sondages d'opinion ». Celle-ci a incontestablement constitué un progrès notable pour garantir l'honnêteté et la rigueur d'un sondage électoral en imposant un certain nombre d'obligations déontologiques aux sondeurs et aux médias sous le contrôle d'une autorité administrative indépendante dite « Commission des sondages ». Depuis 1977, cette loi n'a été, à ce jour, aménagée qu'à une seule reprise en 2002⁹⁰, alors même que les sondages se sont multipliés, leur influence est devenue grandissante et leurs techniques se sont singulièrement affinées.

⁸⁷ Toutefois, certains auteurs ne manquent pas de rappeler que, contrairement à une idée répandue, l'élément déterminant pris en compte par le juge est moins l'écart des voix que l'incidence d'une action sur l'électeur ou sur le dépouillement ayant altéré la sincérité du scrutin (v. *infra*, J.-P. Camby, « Faut-il adapter le rôle du juge et les sanctions ? »).

⁸⁸ En matière de manquement aux règles relatives aux financements des campagnes électorales, le nouvel article 118-3 du code électoral dispose que le juge de l'élection « prononce également l'inéligibilité du candidat dont le compte de campagne a été rejeté à bon droit en cas de *volonté de fraude* ou de manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales ».

⁸⁹ L. n° 2011-412, 14 avril 2011, art. 17 et C. élect., art. L 118-4 : « Saisi d'une contestation formée contre l'élection, le juge de l'élection peut déclarer inéligible, pour une durée maximale de trois ans, le candidat qui a accompli des manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin ».

⁹⁰ L. n° 2002-214, 19 févr. 2002.

Cependant, ainsi que l'a montré le rapport présenté par les sénateurs Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur⁹¹, cette législation souffre de certaines carences notamment en ne définissant pas un « sondage », en ne garantissant pas suffisamment sa sincérité dans la mesure où le public n'est pas toujours en mesure d'identifier clairement le commanditaire et l'acheteur du sondage et surtout compte tenu des moyens d'actions limités de la Commission des sondages. En effet, en cas de non respect de la législation, celle-ci peut simplement ordonner des « mises au point » par les organes d'information⁹². De surcroît, le rapport sénatorial précité note que la Commission fait « un usage plutôt timide » de la possibilité d'ordonner la publication de mises au point alors même que les dispositions de la loi du 19 juillet 1977 sont loin en pratique d'être scrupuleusement respectées⁹³.

C'est pourquoi le renforcement du cadre législatif prévu par la proposition de loi déposée par le sénateur Hugues Portelli le 25 octobre 2010⁹⁴ et reprenant les conclusions du rapport sénatorial précité est bienvenu. Sans qu'il soit question à ce stade d'évoquer dans le détail l'ensemble des modifications prévues, de surcroît susceptibles d'évolutions au cours de la discussion parlementaire, notons simplement que ce texte s'appliquerait en particulier aux « sondages publiés, diffusés ou rendus publics, portant sur des sujets liés au débat politique ou électoral » ; l'acheteur et le commanditaire devraient être identifiés ; la Commission serait dotée d'une compétence générale pour vérifier que les sondages politiques ont été commandés, réalisés, publiés ou diffusés conformément à la loi et aux règlements ; les pouvoirs de cette commission seraient renforcés à la fois *a priori* par la possibilité d'établir des observations quant à la méthodologie dans le mois précédant un scrutin, qui seraient obligatoirement publiées en même temps que le sondage et *a posteriori* par des amendes prononcées en cas de violation du dispositif législatif et réglementaire ainsi que par la création d'un « délit d'entrave » à son action.

Si, au total, cette proposition de loi adapte sensiblement l'effectivité du droit des sondages électoraux, on peut encore souhaiter que le délai, fixé par voie réglementaire⁹⁵, de cinq jours suivant la publication ou la diffusion d'un sondage afin de saisir la Commission des sondages, soit étendu ou même supprimé. Ce délai très court est actuellement sans doute un des obstacles qui explique la faible fréquence de saisine de cette Commission.

⁹¹ Rapport d'information sénatorial du 20 octobre 2010 rédigé au nom de la Commission des lois par MM. Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur.

⁹² Loi n° 77-808, 19 juillet 1977, art. 9.

⁹³ En ce sens, v. Rapport d'information sénatorial, *op. cit.*, p. 47.

⁹⁴ Proposition de loi n° 61 sur les sondages visant à mieux garantir la sincérité du débat politique et électoral, présentée par M. H. Portelli le 25 octobre 2010.

⁹⁵ D. n° 78-79 25 janv. 1978, art. 11.

Enfin, reste en suspens la question de la divulgation d'indications sur les résultats d'élection à partir de sondages, diffusés notamment sur Internet, avant la clôture du totale du scrutin. Une telle divulgation pose effectivement problème au regard de la sincérité du scrutin. Une solution proposée par le Conseil constitutionnel⁹⁶, la Commission nationale de contrôle⁹⁷ et le Conseil supérieur de l'audiovisuel⁹⁸ dans leur rapport d'observations sur l'élection présidentielle de 2007 est une fermeture de l'ensemble des bureaux de vote en métropole à *la même heure*, ce qui suppose concrètement de repousser celle-ci, pour une partie des communes, de 18 h à 20 h. Si cette solution peut avoir pour effet de compliquer le travail des sondeurs en ne permettant plus des sondages à partir de résultats obtenus dans des bureaux de vote où le scrutin est clos, il n'est pas certain qu'elle soit une garantie absolue. Le principe de territorialité du droit applicable empêche de légiférer s'agissant de la diffusion de sondages à l'étranger. Toute solution strictement française ne peut en ce domaine n'être qu'une « ligne Maginot » inadaptée à des techniques désormais ignorantes des frontières.

En définitive, la question initialement posée au cours de cette étude « d'adapter les règles » aurait pu être dépassée à la suite de l'entrée en vigueur du « paquet électoral ». Il est vrai que les textes adoptés ont non seulement procédé à des ajustements techniques longtemps attendus (uniformisation des dates de dépôt des comptes de campagne, alignement de la date de clôture de la campagne sur celle applicables dans les médias audiovisuels, simplification des obligations des candidats et des mandataires financiers, prise en compte des nouvelles technologies) mais également à des modifications de fond, qui sans bouleverser l'équilibre de la législation construit depuis 1988, sont loin d'être négligeables (application de la législation sur le financement des campagnes électorales aux élections sénatoriales, pouvoir de modulation des sanctions reconnus à la CNCCFP et au juge de l'élection, « présomption de bonne foi » reconnue aux candidats). Pour autant, le thème de l'adaptation des règles reste d'actualité. Le « paquet électoral » est loin d'avoir remédié à toutes les imperfections ou incohérences du droit des campagnes électorales. Il est vrai qu'il était, à ce stade, difficile pour le législateur d'aller plus loin. Il n'est en effet pas souhaitable dans une démocratie mature de modifier en profondeur l'équilibre d'une législation, comme cela a été fait par le passé trop souvent, un an avant un cycle électoral constitué par les élections présidentielle et législatives. De plus, l'indispensable travail de refonte du code électoral ne pourra être effectif que lorsque la Commission supérieure de codification aura rendu ses conclusions.

⁹⁶ Cons. const., Observations sur l'élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2007, délibération des 31 mai et 7 juin 2007.

⁹⁷ Rapport établi par la Commission nationale de contrôle de la campagne pour l'élection présidentielle (scrutins des 22 avril et 6 mai 2007), JORF n° 235, 10 oct. 2007, p. 16544.

⁹⁸ *Rapport sur la campagne de l'élection présidentielle de 2007. Bilan et propositions*, adopté le 6 novembre 2007, Proposition n° 11, Doc. fr., 2007, p. 7.

Il reste donc de nombreuses évolutions à accomplir. Il nous semble ainsi souhaitable que le législateur s'empare de la définition de « dépenses électorales » qui conditionne – pas moins - l'établissement du compte de campagne par les candidats. L'effort d'uniformisation du droit applicable selon les élections doit être poursuivi. L'unification des sources du droit des campagnes électorales aura franchi une étape décisive lorsque sera repris par le Parlement ou le Gouvernement agissant par voie d'ordonnances les travaux de recodification du code électoral entrepris par la Commission supérieure de codification.

Sans doute, le temps n'est-il pas encore de rompre l'équilibre difficilement construit par les lois sur le financement de la vie politique. L'exigence de transparence, de moralité voulue par nos contemporains et aussi, disons-le, le sentiment éprouvé par eux de méfiance vis-vis du personnel politique font que l'heure n'est pas encore venue pour une franche libéralisation des règles des campagnes électorales. Nous convenons que certaines propositions visant à libéraliser le droit des campagnes électorales, que nous avons formulées au cours de cette étude, sont, à ce jour, iconoclastes (concours, encadré, des personnes morales, prise en compte, sous conditions, de la participation des collaborateurs de cabinet aux campagnes électorales) et ont peu de chances d'être suivies d'effet. Pour autant, il convient de prendre garde à ne pas risquer de décourager toute une frange de la population désireuse de s'engager en politique. Le raffinement des règles ne doit pas gâcher cette volonté ; les campagnes électorales ne doivent pas être l'affaire que de juristes. L'adaptation des règles est donc un ouvrage sans cesse à remettre sur le métier.

La liberté de faire campagne

Par Xavier Bioy

Professeur de droit public *Université Toulouse 1 Capitole*
Institut Maurice Hauriou

Cicéron construit son *Manuel de campagne électorale* autour du thème de l'amitié. L'amitié qui requiert une grande liberté politique. S'adressant à son frère Marcus qui sera candidat, il lui prodigue entre autres ce conseil⁹⁹ : « Mets-toi bien dans l'esprit qu'il va falloir faire semblant d'accomplir avec naturel des choses qui ne sont pas dans ta nature. (...) La flatterie est beaucoup moins critiquable quand elle renforce l'amitié et, de toute façon, elle est obligatoire pour un candidat dont le front, le visage et les discours doivent changer et s'adapter, selon ses idées et ses sentiments, à l'interlocuteur du moment. » Pour l'avocat qu'il était, cette belle leçon de pragmatisme s'appuierait aujourd'hui sur des arguments juridiques. Plus particulièrement, sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, relayée par celle du Conseil d'Etat, et celle du Conseil constitutionnel qui donnent à l'art de faire campagne les traits de la liberté politique.

Faire campagne, cela implique de pouvoir se déplacer, communiquer, rencontrer, publier, trouver des financements pour tout cela, et finalement s'assurer du soutien de l'Etat dans cette entreprise. On ne saurait donc parler d'une liberté autonome ; la liberté de faire campagne est fille d'autres. Il s'agit donc tout à la fois de se placer sous la puissante protection de la liberté d'expression et de ses démembrements (réunion, presse, audio-visuel, ...). Cela permet de se prévaloir de droits subjectifs dont certains aspects se trouvent renforcés pour leur fonction politique et institutionnelle qui leur donne une dimension objective, d'utilité publique.

C'est pourquoi la liberté de faire campagne peut puiser à diverses sources juridiques qui garantissent à la fois l'accès de chacun à l'oreille des électeurs et le rôle des partis et groupements dans l'organisation de la représentation politique. Il s'agit des stipulations des articles 10 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatifs à la liberté d'expression et à la jouissance des droits et libertés reconnus dans la convention sans distinction aucune, et celles de l'article 3 du premier protocole additionnel à ladite convention selon lequel les Etats s'engagent à organiser des élections libres. Il faut également mobiliser les stipulations des articles 19 et 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, relatives à la liberté d'expression et au droit de tout citoyen de prendre part à la direction des affaires publiques ainsi que de voter et d'être élu. Au plan constitutionnel, la liberté de faire campagne peut se réclamer de l'article 11 de la Déclaration des droits, de l'article 4 de la Constitution et de l'orientation donnée par l'objectif de valeur constitutionnelle de la protection du pluralisme des courants d'opinion.

⁹⁹ Quintus Cicéron, *Manuel de campagne électorale*, trad. J-Y Boriaud, Arléa, 1996.

On distinguera le droit d'éligibilité et le droit de faire campagne. Le temps de la liberté de faire campagne se situe en effet après l'acte de candidature. Elle-même constitue un droit à part¹⁰⁰, sur lequel pèsent des limitations spécifiques comme des cautions exorbitantes exigées dans certains pays ou des déclarations patrimoniales qui se doivent d'être exactes¹⁰¹. Pour la Cour européenne, le fait que certains membres d'une liste électorale aient menti sur leur situation patrimoniale ne saurait priver la liste du droit de candidater¹⁰². La Cour européenne établit également un lien entre le droit de vote et celui de se porter candidat. Le fait de priver des électeurs du droit de vote, en particulier s'il s'agit d'un acte arbitraire, peut faire obstacle à l'exercice effectif par un candidat à l'élection de son droit de s'y présenter¹⁰³.

Par sa décision n° 2011-628 DC du 12 avril 2011, le Conseil constitutionnel a rappelé que le législateur ne saurait en effet priver un citoyen du droit d'éligibilité dont il jouit en vertu de l'article 6 de la Déclaration de 1789 que dans la mesure nécessaire au respect du principe d'égalité devant le suffrage et à la préservation de la liberté de l'électeur. Ainsi, une inéligibilité ne saurait valoir pour l'ensemble du territoire national que de manière expresse. Cependant, le droit d'être candidat n'est pas tout à fait déconnecté de celui de faire campagne, car il y va de l'intérêt des électeurs de pouvoir entendre et choisir. Cela implique qu'une inéligibilité à vie soit en soi disproportionnée, quand bien même le motif en est louable¹⁰⁴.

Concernant précisément la campagne électorale, dans nos systèmes occidentaux, un minimum d'organisation existe sous les traits d'une « campagne officielle », c'est à dire d'une espace-temps aménagé et contraignant dont le maître mot et la finalité résident dans l'égalité des candidats pour l'expression des idées politiques. Des espaces sont créés pour l'affichage et des temps d'antennes définis sur les médias audio-visuels. La contrainte et sa systématicité sont variables, ne serait-ce que parce que l'influence d'une éventuelle violation des règles sur l'issue contentieuse du scrutin n'est guère systématique tant le juge se veut pragmatique. Néanmoins, cela dessine les contours de deux degrés de libertés de faire campagne. En dehors du temps de campagne officielle, la contrainte est faible, elle est celle qui pèse sur toute liberté d'expression, réduite encore par la protection accrue liée au caractère politique des propos. La protection est forte contre les ingérences de l'Etat ou d'autres particuliers dont l'Etat doit neutraliser les atteintes. Durant la campagne officielle, l'objectif d'assurer la qualité du jeu électoral par la représentation équitable des candidats, sert globalement la liberté de tous de faire campagne mais encadre plus ou moins fortement les moyens d'expression de chacun.

¹⁰⁰ La jurisprudence de la Cour fait la distinction entre l'aspect actif de l'article 3 du Protocole n° 1, qui a trait au droit de vote, et l'aspect passif, c'est-à-dire le droit de se porter candidat aux élections (CEDH, 27 avril 2010, *Tânase c. Moldova*). Voir Y. Lécuyer, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Bibl. parlementaire et constitutionnelle, 2009.

¹⁰¹ Le code de bonne conduite en matière électorale La Commission européenne pour la démocratie par le droit du Conseil de l'Europe (Commission de Venise) recommande « de revoir ces montants augmentés car il n'est pas évident que les cautions existantes soient insuffisantes pour dissuader les candidats fantaisistes. » Il en va de même pour le Comité des droits de l'homme dans son Observation générale n° 25(57) adoptée en vertu de l'article 40 § 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et datée du 12 juillet 1996.

¹⁰² CEDH, 19 juillet 2007, *Krasnov et Skouratov c. Russie*, Requêtes n° 17864/04 et 21396/04) et CEDH, 11 janvier 2007, *Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres c. Russie*.

¹⁰³ CEDH, 8 juillet 2008, *Parti travailliste Géorgien c. Géorgie*, §121.

¹⁰⁴ CEDH, 6 janvier 2011, *Paksas c. Lituanie*, n° 34932/04.

On peut donc structurer l'analyse de cette liberté autour de ces deux traits : d'un côté elle emprunte à la liberté d'expression son objet et sa protection subjective, avec le renfort de la protection renforcée du champ politique ; d'un autre côté, elle reçoit de sa finalité institutionnelle un renfort particulier qui connaît lui aussi certaines limites.

1. Une liberté toujours portée par l'expression des idées politiques

Sans même parler de la campagne officielle, la liberté de faire campagne emprunte à la liberté d'expression, à la liberté de réunion, et à la liberté d'opinion, l'essentiel de leur protection. Elle emporte néanmoins une protection renforcée, à tout le moins spécifique en raison de son objet propre. Les textes et les juges estiment en effet que la liberté du jeu politique garantit le pluralisme et la démocratie.

1.1. La libre expression des courants de pensée et d'opinion

On retrouve les sources habituelles de la liberté d'expression sous la protection des organes de contrôle spécifiques au domaine électoral.

La liberté de mener une campagne est un démembrement de la liberté d'expression qui bénéficie du support de l'article 10 CESDH complété par une restriction forte de la marge nationale d'appréciation. Des élections libres et la liberté d'expression, notamment par la liberté du débat politique, constituent l'assise de tout régime démocratique. L'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* du 2 mars 1987¹⁰⁵, puis l'arrêt *Bowman c. Royaume-Uni* du 19 février 1998¹⁰⁶ placent la liberté d'expression politique au sommet des valeurs de la Convention. La jurisprudence de la Cour indique que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place à des restrictions au discours politique ou au débat sur des questions d'intérêt général¹⁰⁷. Il s'agit d'un véritable droit à l'information tissé dans les mailles du principe démocratique, y compris pour le juge de l'Union européenne¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Série A n° 113, p. 22, § 47

¹⁰⁶ , *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, § 43

¹⁰⁷ *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, série A n° 103, §§ 38 et 42 ; *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, § 58 ; *Sürek c. Turquie (n° 1)* [GC], n° 26682/95, CEDH 1999-IV, § 61 ; *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie*, 30 janvier 1998, *Recueil* 1998-I, § 45 ; *Nilsen et Johnsen c. Norvège* [GC], n° 23118/93, CEDH 1999-VIII, § 46 ; *Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* (n° 24699/94, CEDH 2001-VI

¹⁰⁸ CJCE, 30 avril 1996, *Pays-Bas c. Conseil*. Voir M. Hanotiau, « Le droit à l'information », *RTDH* 1993, p. 23.

Le contexte électoral décuple cette protection : « Précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Partant, des ingérences dans la liberté d'expression d'un parlementaire de l'opposition, tel le requérant, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts » écrit la Cour dans l'affaire *Féret c. Belgique*¹⁰⁹. La Cour souligne qu'il est fondamental, dans une société démocratique, de défendre le libre jeu du débat politique. Dans l'affaire *TV VEST AS & Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*¹¹⁰, les requérants (membres d'un petit parti de « retraités », se plaignaient d'une amende pour violation de l'interdiction légale de diffusion de publicité politique infligée par l'Autorité des médias à une chaîne de télévision au motif que celle-ci avait diffusé une publicité pour un petit parti sans moyens. Ils estimaient que cette sanction avait emporté violation de l'article 10 de la Convention. En effet, la Norvège n'a pas de système d'attribution de temps d'antenne pour les partis politiques en campagne ? Cela les conduit à ne pas pouvoir présenter leur programme directement à l'électorat. L'interdit absolu de toute publicité politique payante les prive d'antenne sauf lorsque, étant des grands partis, les journalistes les invitent. Cela signifie que le discours politique à la télévision serait canalisé par les équipes éditoriales des diffuseurs. La Cour retient donc une violation de l'article 10.

Dans la jurisprudence de la Cour européenne, le contexte électoral provoque automatiquement une sorte d'attraction vers l'intérêt général du discours. Déjà, dans l'arrêt *Piermont c. France*¹¹¹, la Cour européenne a condamné la France pour avoir expulsé une parlementaire européenne allemande venue faire entendre la voix des écologistes européens dans une campagne électorale en Polynésie et en Nouvelle-Calédonie¹¹². Le fait qu'il s'agissait d'un tiers non candidat, étranger de surcroît, n'en a pas moins mené à un contrôle strict du juge.

Le contexte électoral annihile presque tout délit de diffamation. La Cour européenne accorde en effet la plus haute importance à la liberté d'expression dans l'arrêt *Brasilier c. France* du 4 avril 2006.. En l'espèce, les propos litigieux, portés par des tracts diffusés lors de la campagne des municipales sur la place publique, visaient un député, maire de Paris et maire du V^e arrondissement de Paris, qui était accusé de fraude électorale et de « magouilles électoralistes » ; le requérant était lui-même candidat à l'élection litigieuse. La Cour rappelle qu'un adversaire des idées et positions officielles doit avoir la possibilité de discuter de la régularité d'une élection et que dans le contexte d'une compétition électorale, la vivacité des propos est plus tolérable qu'en d'autres circonstances. Alors que les juridictions françaises avaient relaxé au plan pénal et condamné civilement à un euro symbolique, la Cour estime qu'il y a eu ingérence disproportionnée en raison de l'effet dissuasif que cela emporte.

¹⁰⁹ *Féret c. Belgique*, Requête n° 15615/07, 16 juillet 2009 ; Voir aussi *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, § 42, série A n° 236, et *Jérusalem c. Autriche*, n° 26958/95, 27 février 2001, §36).

¹¹⁰ (Requête n° 21132/05), 11 décembre 2008

¹¹¹ 27 avril 1995, Requête n°15773/89; 15774/89

¹¹² Etait en cause plus spécifiquement l'article 16 de la Convention qui permet aux Etats d'apporter des limites spécifiques à l'action politique des étrangers. L'élue en cause mettait en cause la République et les institutions de la Polynésie. La Cour pose des restrictions liées à l'article 10, limitant le pouvoir de l'Etat face à la liberté d'expression des étrangers.

C'est également ce qui a conduit à la condamnation de la France dans l'affaire *Desjardin* en 2008¹¹³. En l'espèce, le requérant est agriculteur et membre du parti politique Les Verts. Il était candidat aux élections cantonales de 2001. Au cours de cette campagne, il participa à la distribution de tracts par lesquels il déclarait notamment : « j'ai permis de rendre publiques des atteintes graves à l'environnement et des risques à la santé des hommes. En voici quelques-uns : soutien aux habitants du [C.], qui ont obtenu la démission de l'ancien maire qui pollue l'eau de la commune (...) ». Ce dernier visé se constitua partie civile et fit citer le requérant devant le tribunal correctionnel afin qu'il y réponde du délit de diffamation publique à l'encontre d'un particulier, estimant être visé par le tract susmentionné. Condamné par la justice française qui y voyait une atteinte à l'honneur du maire, en tant que « personne privée », le requérant a eu gain de cause à Strasbourg. Pour la Cour en effet, « limiter de la sorte ces propos à un but unique de diffamation d'un particulier reviendrait à nier le contexte électoral dans lequel ils ont été tenus. (...) le tract visait expressément « l'ancien maire », ce qui renforce l'hypothèse selon laquelle il était essentiellement question pour le requérant de critiquer la manière avec laquelle celui-ci avait exercé ses fonctions dans le cadre d'un mandat public et non de porter atteinte à sa réputation dans un cadre privé. » En outre, la part d'exagération contenue dans le message doit faire partie de la liberté de ton de la campagne électorale (« la Cour estime que ces écrits constituaient davantage un jugement de valeur que de pures déclarations de fait », §42). Il ressort ainsi de la jurisprudence de la Cour que « si tout individu qui s'engage dans un débat public d'intérêt général, comme l'est par définition une campagne électorale, est certes tenu de ne pas dépasser certaines limites quant au respect de la réputation et des droits d'autrui, il lui est également permis de recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation, c'est-à-dire d'être quelque peu immodéré dans ses propos »¹¹⁴.

A rebours, nos juges français n'accordent traditionnellement aucune spécificité au discours électoral lorsqu'il s'agit de diffamation. Une évolution suivra sans doute.

La liberté de faire campagne bénéficie en outre du support de l'article 11 CESDH. Les libertés de réunion et d'association sont aussi des moyens concrets d'assurer la communication des idées politiques. Dès qu'il est question de partis politiques, l'article 11 s'interprète à la lumière de l'article 10¹¹⁵. Les réunions sont possibles jusqu'à la veille du scrutin en France ; ce qui constitue une limite compatible avec la liberté d'expression¹¹⁶. Le principe de la jurisprudence Benjamin s'applique alors bien sûr pour apprécier la légalité d'un refus de tenue d'une réunion et, du point de vue du juge électoral, un tel refus n'entraîne l'annulation du scrutin que si le candidat évincé n'a pas eu de solution de repli, et, bien sûr en cas d'écart faible de voix¹¹⁷. La réunion doit être directement en lien avec la campagne pour bénéficier des dispositions spécifiques. Le compte de campagne d'un candidat n'a pas à contenir des factures relatives à la soirée organisée au siège national de sa campagne le soir du premier tour de scrutin et à une réunion de ses comités de soutien dans un hôtel parisien le lendemain du premier tour de scrutin ; en effet, les dépenses relatives à ces deux réunions ne peuvent pas être regardées comme effectuées en vue de l'élection¹¹⁸.

¹¹³ CEDH, 22 février 2008, Requête n° 22567/03.

¹¹⁴ *Mamère c. France*, n° 12697/03, § 19, CEDH 2006.

¹¹⁵ CEDH, 7 septembre 2007, *Parti nationaliste basque - Organisation régionale d'Iparralde c. France*. Toutefois, le refus de financement par des personnes morales étrangères s'apprécie uniquement à

Le titulaire de la liberté de faire campagne est naturellement le candidat lui-même. Mais souvent il lui faut montrer quelques quartiers de noblesse ou quelques qualités de conviction pour être traité comme tous, notamment dans l'accès aux médias. Le CSA doit ainsi parfois analyser et apprécier la représentativité des candidats pour juger d'une éventuelle discrimination. La représentativité peut être évaluée en « prenant en compte en particulier les résultats obtenus par le candidat ou la formation politique qui le soutient aux plus récentes élections¹¹⁹ ».

En outre, la liberté de faire campagne des non-candidats peut elle aussi se trouver encadrée par des nécessités impérieuses. Ainsi, dans l'arrêt *Bowman c. Royaume-Uni* du 19 février 1998 il s'agissait d'une militante anti-avortement qui avait fait imprimer plus d'un millions de tracts pendant une campagne législative pour expliquer la position des candidats sur la question de l'avortement et donc inciter à voter pour les candidats conservateurs. Or, la loi anglaise interdisait qu'une personne non-candidate puisse consacrer plus de cinq livres à de la propagande électorale. Certes la Cour admet comme nécessaire, avant ou pendant une élection, de prévoir certaines restrictions à la liberté d'expression, alors qu'elles ne seraient habituellement pas admissibles, afin de garantir « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». Mais en l'espèce elle juge disproportionné le seuil, trop bas, de cinq livres ce qui conduit à la violation de l'article 10.

Faire campagne bénéficie en outre d'une protection institutionnelle propre. Le droit européen ou international des droits de l'homme pose directement la question de la garantie de la liberté de faire campagne par le choix des institutions qui encadrent et organisent le processus électoral. L'indépendance de ces institutions est au cœur du problème. La Cour européenne a souvent souligné la nécessité d'assurer la neutralité politique des fonctionnaires, des magistrats et des autres personnes au service de l'Etat investies de la mission de contrôler le processus électoral¹²⁰.

La Commission de Venise pose, dans son « Code de bonne conduite en matière électorale¹²¹ », que « [d]ans les Etats où existe une longue tradition d'indépendance de l'administration face au pouvoir politique, (...) [i]l est (...) admissible (...) que les opérations électorales soient organisées par l'administration, et notamment qu'elles soient supervisées par le ministère de l'Intérieur ». Cela signifie que là où l'expérience de l'organisation d'élections pluralistes est récente, des commissions électorales indépendantes du pouvoir ont été mises en place pour garantir des élections régulières. Il est même louable qu'une commission électorale puisse faire contrepoids à la domination d'un parti majoritaire¹²².

l'aune de l'article 11 et non de l'article 3 du premier protocole qui n'entre en jeu que si est en cause une discrimination liée à l'idéologie du parti.

¹¹⁶ CC, 81-926, 24 septembre 1981, AN Corrèze, 3^{ème} circ.

¹¹⁷ CE, 16 janvier 1980, *Elections cantonales de Dreux-Sud-Ouest*.

¹¹⁸ Compte Balladur 1995, 28, 29 septembre, 3, 5 et 11 octobre 1995, Journal officiel du 12 octobre 1995, p. 14847, cons. 14, Rec. p. 126.

¹¹⁹ Conseil d'Etat, 7 mars 2007, *Mme Corinne A.*, N° 300385, mentionné dans les tables du recueil Lebon.

¹²⁰ *Rekvényi c. Hongrie* [GC], n° 25390/94, §§ 41 et 46, CEDH 1999-III, *Briķe c. Lettonie* (déc.), n° 47135/99, 29 juin 2000, et *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, § 58, série A n° 323.

¹²¹ Rapport explicatif, 18-19 octobre 2002, §§ 69 à 71.

¹²² *Parti travailliste géorgien c. Georgie*, 8 juillet 2008 (n° 9103/04)

La protection juridictionnelle se révèle donc prioritaire et essentielle. En droit interne, les actes de propagande sont considérés comme des actes préparatoires détachables du contentieux de l'élection et par là inscrits au rôle du Conseil d'Etat¹²³. Outre le référé suspension, la liberté de faire campagne protège des prérogatives qui peuvent se réclamer d'une des diverses libertés reconnues dans le cadre du référé-sauvegarde : expression, réunion, aller et venir...¹²⁴ Le Conseil d'Etat¹²⁵, a eu à juger ainsi d'une demande de suspension de l'exécution de la décision du 29 mars 2007 par laquelle la Commission nationale de contrôle de la campagne en vue de l'élection présidentielle a refusé d'homologuer l'affiche d'un candidat, sa profession de foi ainsi que l'enregistrement sonore de cette dernière. Le requérant soutenait que le refus d'homologation portait atteinte au caractère pluraliste des courants de pensée et d'opinion, à la liberté d'opinion, à la libre expression du suffrage et à l'égalité des candidats à l'élection présidentielle, qui constituent des libertés fondamentales. Le Conseil d'Etat y juge que « sa requête n'est pas manifestement insusceptible de se rattacher à un litige relevant de la compétence du Conseil d'Etat ».

Les interdits du code électoral (par exemple distribution de tracts la veille du scrutin faisant état d'un soutien), n'en sont réellement que dans la mesure où leur réalisation aurait faussé l'élection, c'est à dire si il y a mensonge ou manipulation et si il n'a pas été possible pour l'adversaire de répondre aux allégations proférées. En toute hypothèse, ces garanties n'ont d'incidence que si elles faussent le jeu politique. Pour le Conseil constitutionnel par exemple, l'annonce d'un soutien tardif à l'un des deux candidats du second tour et d'un tract qualifié de diffamatoire ne sont pas des circonstances qui peuvent être regardées comme ayant affecté le résultat du scrutin, dès lors que la réalité du soutien en cause n'est pas contestée, qu'il n'est pas allégué que le candidat mis en cause n'ait pu répondre utilement au tract contesté et que l'ampleur de la diffusion critiquée n'est ni établie ni même évaluée par le protestataire¹²⁶. Ainsi, de même, sauf cumul d'infractions, le Conseil d'Etat estime-t-il toujours que le fait pour les candidats d'envoyer plusieurs professions de foi en contravention avec le code électoral n'entache pas l'élection¹²⁷.

1.2. Une protection spécifique apportée par l'article 3 du premier protocole CESDH

Les composantes de la liberté d'expression ou de réunion sort magnifiée de son accomplissement sur le terrain politique. Elle trouve alors le support ambigu de l'article 3 du Protocole 1^{er} CESDH qui apporte une dimension objective. « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif. »

¹²³ CE, Ass ; 2à octobre 1989, *Horblin et autres*.

¹²⁴ CE, Ord. Réf., 24 février 2001, *Tibéri*, Rec. 85.

¹²⁵ CE, , 2 avril 2007, Juge des référés, *M. Gérard A.*, N° 304255, Publié au recueil Lebon,.

¹²⁶ Proclamation présidentielle 1995, 12 mai 1995, Journal officiel du 14 mai 1995, p. 8149, cons. 6, Rec. p. 60.

¹²⁷ CE, 4 janvier 1978, *Elections municipales de Saint-Uze*

L'arrêt *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique* du 2 mars 1987¹²⁸, première application de cet article, pose que des élections libres et la liberté d'expression, notamment la liberté du débat politique, constituent l'assise de tout régime démocratique. C'est pourquoi il est particulièrement important, en période préélectorale, de permettre aux opinions et aux informations de tous ordres de circuler librement.

La Cour ne cesse de souligner l'importance de l'article 3 du Protocole n° 1 dans un régime politique véritablement démocratique, et donc la place capitale de cette disposition dans le système de la Convention¹²⁹. L'article 3 protocole premier peut-être joint à l'article 10¹³⁰. A propos des dépenses de campagne, la Cour européenne a estimé qu'il fallait considérer le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 à la lumière du droit de tenir des élections libres, protégé par l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention.

Le champ de l'article 3 du Protocole 1^{er} CESDH a été défini par la Cour au-delà de sa lettre. La question du titulaire ou du bénéficiaire de la liberté de faire campagne se trouve dans la subjectivisation de l'article 3. L'article 3 du Protocole n° 1 paraît à première vue énoncer l'obligation pour les Hautes Parties contractantes d'organiser des élections dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple et non un droit ou une liberté en particulier. Il semble donc devoir se comprendre comme privé d'effet direct ou d'effet subjectif. Toutefois la Cour a établi que cet article garantit des droits subjectifs, dont le droit de vote et celui de se porter candidat à des élections en se fondant sur les travaux préparatoires et eu égard à l'effet utile de cette clause¹³¹.

Selon la Cour les « droits subjectifs »¹³² garantis par l'article 3 du Protocole n° 1 sont reconnus aux personnes physiques. Cela étant, si la législation électorale restreint le droit des candidats pris individuellement de se présenter à une élection sur la liste d'un parti, celui-ci peut, en cette qualité, se prétendre victime d'une violation de l'article 3 du Protocole n° 1, indépendamment de ses candidats¹³³.

¹²⁸ série A n° 113, p. 22, § 47

¹²⁹ Dans l'arrêt *Yumak et Sadak c. Turquie* ([GC], n° 10226/03, 8 juillet 2008, elle a rappelé que les droits garantis par cet article sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par la prééminence du droit.

¹³⁰ Par ex. CEDH, 7 septembre 2007, *Parti nationaliste basque - Organisation régionale d'Iparralde c. France*. (Requête no 71251/01), préc.

¹³¹ Voir encore *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, §§ 46-51, série A n° 113 ; *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2) [GC], n° 74025/01, §§ 56-57, CEDH 2005-IX ; *Ždanoka c. Lettonie* [GC], n° 58278/00, § 102, CEDH 2006-IV).

¹³² *Melnitchenko c. Ukraine*, n° 17707/02, § 54, CEDH 2004-X

¹³³ *Parti conservateur russe des entrepreneurs et autres c. Russie*, nos 55066/00 et 55638/00, §§ 53-67, CEDH 2007-I.

Pour la Cour « les droits garantis par l'article 3 du Protocole n° 1 sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par la prééminence du droit. Néanmoins, ces droits ne sont pas absolus. Il y a place pour des « limitations implicites », et les Etats contractants doivent se voir accorder une marge d'appréciation en la matière. »¹³⁴ Sur le terrain de l'article 10, la Cour tient toujours compte du fait qu'un requérant était en campagne électorale lorsqu'il lui a été reproché un acte litigieux (comme la distribution du tract litigieux). Or, précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour les partis politiques et leurs membres actifs. En effet, « des ingérences dans la liberté d'expression d'un membre de l'opposition, qui représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts, commandent à la Cour de se livrer à un contrôle des plus stricts »¹³⁵.

L'arrêt *Bowman c. Royaume-Uni* du 19 février 1998, déjà rencontré, pose l'idée que, dans certaines circonstances, la liberté d'expression et le droit à des élections libres peuvent entrer en conflit. Certes la Cour admet comme nécessaire, avant ou pendant une élection, de prévoir certaines restrictions à la liberté d'expression, alors qu'elles ne seraient habituellement pas admissibles, afin de garantir « la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». Certes encore, la Cour juge reconnaît qu'en ménageant un équilibre entre ces deux droits, les Etats contractants disposent d'une marge d'appréciation, comme c'est généralement le cas s'agissant de l'organisation de leur système électoral. Indépendamment de toute limite tenant au contenu du message politique, l'expression politique peut être canalisée au nom de la qualité de la campagne. L'enjeu politique finalise donc la liberté de faire campagne et réduit la marge nationale d'appréciation sur ce point. Plutôt large lorsqu'il est question de moralité ou d'ordre public, la marge nationale d'appréciation se réduit à rien dans le domaine des élections¹³⁶.

La protection se trouve pourtant limitée. On verra plus tard que l'égal exercice de la liberté reste limité dans le temps de la campagne officielle. Plus généralement, avant et pendant la campagne orchestrée par les pouvoirs publics, la liberté de faire campagne peut être limitée par les restrictions nécessaires à la sauvegarde du lien social.

Le degré supplémentaire de protection se trouve donc lié à la fonction d'intérêt général de la campagne électorale. Il se concrétise en France par la mise en place de la campagne officielle. Pourtant celle-ci ne suscite concrètement guère l'intérêt rendant le « premier degré » de protection plus essentiel encore. A la télévision et à la radio, la campagne officielle ne concerne d'ailleurs que les élections nationales ou celles de certains territoires particuliers. L'internet échappe encore aux mesures de soutien public mais se révèle être aussi un lieu propice à la liberté de faire campagne car il échappe à l'interdit de l'article 49 et peut proposer de l'information (non renouvelée le jour même) même le jour du scrutin¹³⁷.

¹³⁴ *Kovatch c. Ukraine*, Requête n° 39424/02, 7 février 2008.

¹³⁵ voir, notamment, *Desjardin c. France*, préc. ; *Incal c. Turquie*, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil* 1998-IV, p. 1566, § 48.

¹³⁶ *Wingrove c. RU*, 25 novembre 1996. Cf. J-M Larralde, « L'article 10 de la CEDH et la liberté de la presse », *RTDH* 2007, p. 49.

¹³⁷ CE, 6 mars 2002, *Elections municipales de Bagnères de Luchon*.

2. Une liberté parfois finalisée par l'enjeu politique

La liberté n'est jamais aussi forte en droit que quand elle répond à un enjeu d'intérêt général. La dimension objective déjà constatée sur le terrain de la liberté d'expression se prolonge sur celui de la représentativité et de l'efficacité du processus électoral pour éclairer les électeurs. La liberté reçoit alors le soutien de l'objectif de pluralisme et de l'égalité entre candidats. L'Etat français fournit aide, moyens et supports pendant le temps de la campagne officielle. La contrepartie de ce soutien réside dans une limitation spécifique de la liberté de faire campagne en vue d'assurer l'égalité entre candidats. Le contrôle étatique poursuit alors un ensemble d'objectifs concurrents de la liberté de faire campagne.

2.1. Le contrôle étatique pour assurer la qualité de la campagne

L'Etat orchestre la liberté de faire campagne. Les règles de financement sont porteuses du souci d'égalité entre les candidats, de prévention de la corruption, d'évitement de la privatisation de l'enjeu du scrutin, mais aussi de maintien de l'indépendance nationale lorsqu'il est question de financement par des personnes morales étrangères (même si le financement massif de personnes physiques demeure possible). Si le régime général de cette liberté relève de la seule répression des abus et ne souffre aucune autre autorisation ou déclaration que celle de la candidature, le droit des campagnes s'assure du respect de la finalité : éviter la manipulation, la privatisation de l'espace public. Cela permet un contrôle parfois des contenus et souvent des formes.

Le Conseil constitutionnel, dans sa fonction de juge électoral¹³⁸, entend également protéger la liberté de la presse et des médias audio-visuels qui doivent pouvoir rendre compte des campagnes électorales, au nom du pluralisme des courants d'opinion¹³⁹. Ainsi, en matière de liberté d'expression, le Conseil constitutionnel considère que celle-ci ne se résume plus à la liberté d'exprimer ses opinions mais implique également le pluralisme des courants de pensées et d'opinions (CC, n° 86-217 DC du 18 décembre 1986 ; n° 89-271 DC du 11 janvier 1990), conformément à la jurisprudence *Handyside* du 7 décembre 1976. Pour autant, en tant qu'objectif de valeur constitutionnelle de nature objective, le pluralisme des courants de pensées et d'opinions ne peut fonder en lui-même une question prioritaire de constitutionnalité (CC, 2010-3 QPC, 28 mai 2010, cons. 8). Le Conseil a également réduit le champ de l'interdiction de propagande au-delà des supports officiels au domaine de l'article 49 (le jour du scrutin seulement), évitant ainsi une lecture trop restrictive de la liberté de faire campagne¹⁴⁰.

¹³⁸ J.-P. Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Dalloz, Thème et commentaires, 5^{ème} éd. 2009.

¹³⁹ Déc. n°2002-2687/2741, 19 déc. 2002, A.N. Allier (1^{ère} circ.). Cet objectif de valeur constitutionnelle est également invocable devant le Conseil d'Etat (CE, 19 janvier 1990, *Assoc. La télé est à nous* : le pluralisme des courants d'opinion est un objectif à valeur constitutionnelle « ainsi que l'a énoncé le Conseil constitutionnel »).

¹⁴⁰ Déc. n°2002-2612 DC, 24 octobre 2002, A.N. Loire Atlantique (3^{ème} circ.)

Le contrôle des contenus, le plus dangereux pour la liberté existe aussi dans une stricte mesure. La liberté est en effet limitée par le souci d'éviter que l'objectif du scrutin, à savoir la sélection des candidats et des idées dans l'intérêt de la République, ne soit détourné au profit de forces contraires. Le rôle des autorités administratives constitue un rouage essentiel de la liberté de faire campagne. Pendant la campagne électorale, les « commissions de propagande » agissent comme des autorités administratives indépendantes. Prévues pour presque tous les scrutins (sauf élections municipales dans les communes de moins de 2500 habitants) et à configurations variables, elles veillent sur la campagne officielle pour y garantir l'égalité des candidats par la neutralité et le support de l'Etat. Les pouvoirs de ces commissions restent parfois incertains en jurisprudence. En principe il ne leur appartient pas de contrôler le contenu des matériaux de propagande, mais seulement leur présentation matérielle¹⁴¹. En 2001, le Conseil d'Etat a jugé que la commission ne peut refuser d'envoyer un document, même non conforme aux électeurs¹⁴². Cette solution est nuancée par l'arrêt *M. Gérard A.* La commission peut également imposer la diffusion d'un message avant les clips de propagande semblant désavouer le contenu de ces messages qui débordent du cadre de la campagne, sans toutefois les censurer¹⁴³.

L'évitement de la manipulation, la sincérité de la propagande sont la garantie de celle du scrutin. Les candidats ne doivent pas mentir sur le déroulement du scrutin sous peine de voir invalider leur élection comme dans l'hypothèse de celui qui se prévalait à tort du soutien d'un autre parti, ce qui induit en erreur les électeurs¹⁴⁴. Le même souci guide l'abondante jurisprudence relative à l'interdiction de la promotion de la gestion ou des réalisations des collectivités publiques (art. L.52-1 C. élec.)¹⁴⁵. Cette autopromotion peut être le fait d'une série d'inaugurations d'équipements dont la nouveauté pose question¹⁴⁶. L'interdiction de la publicité commerciale et de la création de numéros d'appel ou de télématique durant les trois mois qui précèdent le scrutin semble concourir à la même fin, avec une efficacité aujourd'hui toute relative.

¹⁴¹ CC, 97-2167, 23 octobre 1997, *AN Hauts-de Seine*, (1^{ère} circ.)

¹⁴² CE, 22 juin 2001, *Elections cantonales de l'Isle-Adam*.

¹⁴³ CE, Ass. 22 octobre 1979, *Elections des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes*, Rec. P. 385.

¹⁴⁴ CE, 21 mai 1986, *Elections cantonales de la Ciotat*.

¹⁴⁵ CE, 23 mai 1990, *Elections municipales de Lège-Cap-Ferret*.

¹⁴⁶ CE, 7 mai 1997, *Elections municipales d'Annonay*.

L'évitement des discours contraires à la paix sociale constitue un degré supérieur. Le bouclier de la liberté d'expression ne permet pas de perdre de vue les limites tenant à la paix sociale. Le cadre de la campagne électorale n'autorise pas à proférer des propos tendant à l'exclusion ou à la haine raciale. La Cour européenne a ainsi forcé un peu sa jurisprudence en prenant quelques risques avec la liberté d'expression politique dans l'affaire Féret contre Belgique¹⁴⁷. M. Féret est président du parti politique « Front National-Nationaal Front ». Il est éditeur responsable des écrits de ce parti et propriétaire du site web de celui-ci. La justice le condamne à la levée de son immunité parlementaire en raison de la campagne du parti qui donna lieu à de nombreuses plaintes pour incitation à la haine, à la discrimination et à la violence à raison de la race, de la couleur ou de l'origine nationale ou ethnique, sur le fondement de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie. La vérification par la Cour européenne du caractère « nécessaire dans une société démocratique » de l'ingérence impose de rechercher si celle-ci correspondait à un « besoin social impérieux », si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier sont pertinents et suffisants¹⁴⁸. Les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation¹⁴⁹ qui ne peut cependant permettre de sortir du lien social. Ici la Cour ne requiert plus un quelconque passage à l'acte suivant l'incitation à la violence. Les seuls propos ségrégationniste de l'auteur suffisent à justifier la sanction d'inéligibilité. La Cour finit par inverser la logique, faisant du contexte électoral un argument supplémentaire pour limiter les contenus : « Si, dans un contexte électoral, les partis politiques doivent bénéficier d'une large liberté d'expression afin de tenter de convaincre leurs électeurs, en cas de discours raciste ou xénophobe, un tel contexte contribue à attiser la haine et l'intolérance car, par la force des choses, les positions des candidats à l'élection tendent à devenir plus figées et les slogans ou formules stéréotypées en viennent à prendre le dessus sur les arguments raisonnables. L'impact d'un discours raciste et xénophobe devient alors plus grand et plus dommageable. » La peine d'inéligibilité de dix ans n'est pas alors disproportionnée dans la mesure où l'Etat belge n'a pas eu recours à une sanction pénale. Dans leur opinion dissidente, les juges Sajo, Zagrebelsky et Tsotsoria regrettent cette posture de censeur de la Cour, appelant à tenir compte davantage du contexte électoral comme lieu de liberté de parole.

L'évitement de la privatisation explique encore quelques limites. Le contrôle des financements a notamment pour justification d'éviter que les plus riches ne « volent » la campagne électorale des autres en captant toute l'attention des médias. Le contentieux du choix des sommes à intégrer ou non aux comptes de campagnes dépasse donc le simple aspect technique¹⁵⁰. Dans le même esprit, le juge électoral peut être amené à apprécier l'impact de menaces, violences, pressions qui ont pu altérer la liberté de parole et celle du scrutin comme la présence dans le bureau de vote de personnes arborant le tee-shirt d'un candidat¹⁵¹.

¹⁴⁷ préc.

¹⁴⁸ *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), 26 avril 1979.

¹⁴⁹ *Nilsen et Johnsen c. Norvège* [GC], n° 23118/93, § 43.

¹⁵⁰ *Pierre-Bloch c. France*, (120/1996/732/938), 21 octobre 1997.

¹⁵¹ CE, 2 mai 1990, *Elections municipales de Terre-de-Bas*, rec. 791.

Le contrôle des formes de propagande fait encore l'objet de nombreuses jurisprudences, y compris de la part de la Cour européenne. Dans son arrêt *Murphy c. Irlande*¹⁵² la Cour a posé le principe selon lequel la nature du support de communication est un paramètre important de la liberté d'expression et donc de l'appréciation de sa violation qui doit être pris en compte dans le cadre de l'examen de la proportionnalité de l'ingérence. L'importance des médias audiovisuels, dont l'impact est sans commune mesure avec les autres supports, modifie l'appréciation que la Cour européenne peut porter sur les limitations de la liberté de faire campagne. Dans l'affaire *TV VEST AS & Rogaland Pensjonistparti c. Norvège*¹⁵³, déjà rencontrée, les requérants contestaient la spécificité accordée à la télévision, seul média dont l'accès est restreint. Cette spécificité qui les conduit à ne pas pouvoir y communiquer serait disproportionnée et dès lors non nécessaire dans une société démocratique. Selon le Gouvernement au contraire, la problématique principale de cette affaire n'est pas la protection de la liberté d'expression mais, d'abord et avant tout, l'intégrité du processus démocratique, et en particulier le droit des électeurs à des élections équitables et démocratiques, ce qui implique de ne pas permettre aux partis les plus riches de s'emparer de la télévision. L'interdiction en cause garantirait l'impartialité politique du contenu diffusé à la télévision. Pour la Cour de Strasbourg, l'importance des médias audiovisuels doit conduire à condamner l'interdiction d'y accéder librement.

Du point de vue interne, le code électoral prévoit certaines restrictions aux formes que peut emprunter la campagne officielle. Emblématique (sans jeu de mots) est l'interdiction d'utiliser les couleurs du drapeau national sur les affiches pour ne pas faire accroire que les pouvoirs publics soutiennent une candidature (art. R.27 C. élec.). L'article R. 29 implique, de même, outre une taille standard des circulaires, que la même circulaire soit fournie à l'ensemble des électeurs d'une même circonscription¹⁵⁴.

2.2. Une liberté portée et limitée par l'égalité des candidats

L'égalité prend, dans le domaine électoral de la campagne officielle, le pas sur la liberté. Elle en est le support car elle permet à tout candidat de bénéficier de l'espace nécessaire. Dans le même temps, elle borne nécessairement cet espace. La neutralité de l'Etat y assure l'égalité, laquelle assure pour tous l'exercice de la liberté de faire campagne (y compris pour les campagnes référendaires¹⁵⁵).

¹⁵² n° 44179/98, CEDH 2003-IX

¹⁵³ (*Requête n° 21132/05*), 11 décembre 2008. Selon les rapports de droit comparé établis par l'EPRA sur 30 pays d'Europe, 1) treize appliquent une interdiction légale de la publicité politique payante en radio-télédiffusion ; 2) dix l'autorisent ; 3) onze (dont cinq des treize pays cités en 1)) prévoient un temps d'antenne gratuit pour les partis politiques et les candidats pendant les campagnes électorales ; 4) plusieurs ne prévoient pas de temps d'antenne gratuit (paragraphe 24 ci-dessus).

¹⁵⁴ CC, 97-2250, 22 janvier 1998, *AN Rhône, 1er circ.*

¹⁵⁵ CC, 7 avril 2005, de Villiers et Peltier, Rec. p. 61.

Dans ce cadre, le soutien de l'objectif du pluralisme se révèle précieux. Selon le Conseil d'Etat, la liberté de faire campagne peut s'appuyer sur le respect du principe de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion qui encadre l'accès aux médias audiovisuels et qui s'analyse comme un objectif à valeur constitutionnelle, mobilisable dans le cadre d'un référé sauvegarde¹⁵⁶. Pour le Conseil constitutionnel, si cet objectif est mobilisable, ce ne peut être dans le cadre d'une QPC¹⁵⁷. Le rôle du CSA, déterminé par la loi du 30 septembre 1986 se révèle crucial, eu égard tout à la fois à la portée des médias audiovisuels et à la finesse des principes posés par lui dans ce cadre¹⁵⁸. Selon l'article 13: « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel assure le respect de l'expression pluraliste des courants de pensée et d'opinion dans les programmes des services de radio et de télévision, en particulier pour les émissions d'information politique et générale (...) ».

La limitation par l'encadrement du financement des campagnes rejoint cette préoccupation. Bien sûr, l'essentiel du contentieux porte en pratique sur la question des sources de financement des campagnes. Soucieux d'égalité entre candidats et de prévention de la corruption, notre législateur a dressé des garde-fous rigoureux qui limitent la liberté de se payer une campagne à l'américaine, à grands renforts de soutiens. Les frais de campagne à intégrer comprennent bien sûr ceux qui portent sur l'édition d'ouvrages de propagande. Pour le Conseil constitutionnel, l'engagement d'un éditeur qui ne facture pas tout ce que cela lui coûte s'appelle un concours qui doit aussi figurer dans le compte de campagne. Ce coût est évalué et réintégré comme avantage en nature dans les dépenses du compte et, pour ordre, dans les recettes¹⁵⁹. Le Conseil constitutionnel n'inclut pas dans le coût des campagnes les journaux des partis politiques qui, hors période électorale, font la promotion des idées du parti. Mais pendant la campagne, une partie de l'effort financier de ces périodiques est compté en faveur du candidat du parti. Ce coût est évalué et réintégré comme avantage en nature dans les dépenses du compte et, pour ordre, dans les recettes.

¹⁵⁶ Conseil d'Etat, N° 280353, Ord. Réf., 13 mai 2005 *Mme Marie-George A* ; Conseil d'Etat, N° 301537, Juge des référés, 19 février 2007, *Mme Corinne A*.

¹⁵⁷ CC, 28 mai 2010, 2010-468 QPC, Cons 12.

¹⁵⁸ Article 16 de la même loi : « Le Conseil supérieur de l'audiovisuel fixe les règles concernant les conditions de production, de programmation et de diffusion des émissions relatives aux campagnes électorales que les sociétés mentionnées à l'article 44 sont tenues de produire et de programmer. Les prestations fournies à ce titre font l'objet de dispositions insérées dans les cahiers des charges / Pour la durée des campagnes électorales, le Conseil adresse des recommandations aux éditeurs des services de radio et de télévision autorisés ou ayant conclu une convention en vertu de la présente loi ».

¹⁵⁹ CC, Compte Bayrou 2002, 26 septembre 2002, Journal officiel du 12 octobre 2002, p. 16868, cons. 9, Rec. p. 242).

Le principal ennemi de la liberté de campagne est aussi son principal soutien officiel : l'égalité. L'introduction d'une stricte égalité pendant la campagne officielle conduit à une liberté à deux vitesses. La liberté de faire campagne n'est pleinement garantie que dans le cadre de la campagne officielle, donc dans une période précise, déterminée par les textes relatifs à chaque élection (par exemple, Le décret du 8 mars 2001 portant application de la loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel fixe au deuxième lundi précédant le premier tour de scrutin l'ouverture de la campagne en vue de l'élection du Président de la République). Mais alors la liberté se trouve limitée dans le temps et dans l'espace.

L'accès aux médias n'est garanti que dans le cadre de la campagne officielle. Selon le Conseil constitutionnel, les dispositions, relatives à l'élection présidentielle ne prévoient l'organisation d'aucune " campagne électorale " avant la publication de la liste des candidats. La seule déclaration faite par une personne de son intention d'être candidat ne saurait par elle-même conférer à cette personne un droit d'accès aux programmes d'informations radiodiffusées et télévisées¹⁶⁰. On retrouve l'affaire *TV VEST AS & Rogaland Pensjonistparti c. Norvège* et la question de l'accès à la ressource rare des médias télévisés quand l'Etat n'a pas aménagé des règles de temps d'accès. Elle permettrait également de limiter le montant total des dépenses de campagne des partis politiques et des groupements d'intérêt, de réduire leur dépendance à l'égard des riches donateurs et de placer tous les candidats aux élections sur un pied d'égalité. Dans cette affaire, la Cour juge ce système tout à fait inefficace et même contreproductif car il aboutit à l'effacement complet des petits partis, privés de la voie publicitaire alors qu'ils devraient bénéficier du bâillonnement des grands partis. Déjà l'arrêt *Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* avait sanctionné une interdiction totale de la publicité politique.

¹⁶⁰ Fouquet, 11 avril 1981, Journal officiel du 12 avril 1981, p.1014, cons. 1 à 7, Rec. p. 72 ; Le Pen 1, 11 avril 1981, Journal officiel du 12 avril 1981, p.1014, cons. 1 à 6, Rec. p. 75

Dans le cadre français, l'article L.49 C.élec. impose de cesser la propagande électorale dans les heures qui précèdent le scrutin et pendant celui-ci. Le principe même de cette limitation n'est pas jugé incompatible avec la Convention européenne par le Conseil d'Etat¹⁶¹. Aux termes de l'article 15 de ce décret le principe d'égalité dans les programmes d'information des sociétés nationales de programme et des services de communication audiovisuelle s'applique : « à compter de la date de début de la campagne et jusqu'au tour de scrutin où l'élection est acquise ». Le CSA peut, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation et sans méconnaître, ni l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni l'article 3 du premier protocole additionnel à cette convention, fixer cette dernière date plus librement que la période de prise en compte des dépenses électorales¹⁶².

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel a pris le 7 novembre 2006 une recommandation à l'intention de l'ensemble des services de radio et de télévision en vue de l'élection présidentielle destinée, notamment, à fixer les règles applicables au traitement de l'actualité électorale liée à la campagne présidentielle. Il a distingué, d'une part, une période préliminaire, allant du 1^{er} décembre 2006 jusqu'à la veille de la publication de la liste des candidats établie par le Conseil constitutionnel, d'autre part, une période intermédiaire, courant du jour de la publication de la liste des candidats établie par le Conseil constitutionnel jusqu'à la veille de l'ouverture de la campagne, soit le dimanche 8 avril 2007, et enfin la période de campagne, courant du lundi 9 avril 2007 jusqu'au second tour de scrutin, le dimanche 6 mai 2007. Selon cette recommandation trois périodes peuvent être distinguées : les services de radio et de télévision doivent appliquer, pendant la période préliminaire, un principe d'équité pour les temps de parole et d'antenne des candidats déclarés ou présumés, pendant la période intermédiaire un principe d'égalité pour le temps de parole des candidats figurant sur la liste établie par le Conseil constitutionnel et un principe d'équité pour leur temps d'antenne, et pendant la période de campagne un principe d'égalité pour le temps de parole et le temps d'antenne des candidats.

L'espace réservé aux candidats se trouve enfin très encadré en principe. Ici se retrouve le droit électoral et son cortège de règles et prescriptions techniques, normées et pesées. Le rôle des « circulaires » électorales, la réglementation de l'usage des tracts, des affiches, des publications de presse et des médias relève de l'objectif de rationalisation du discours en vue de son accessibilité aux électeurs.

¹⁶¹ Conseil d'Etat, Ass. N° 209696, 3 décembre 1999M. *Christian D...*, Publié au recueil Lebon : « Considérant, en premier lieu, que l'article 19 de la loi du 7 juillet 1977 susvisée qui fixe les règles d'utilisation par les différentes listes des chaînes publiques de radiodiffusion et de télévision pendant la campagne électorale n'est pas incompatible avec les stipulations de l'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales selon lequel les Etats s'engagent à organiser des élections libres ; qu'en second lieu, il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, d'apprécier la conformité à la Constitution d'une disposition législative ».

¹⁶² Conseil d'Etat, N° 300385, 7 mars 2007, *Mme Corinne A*, Mentionné dans les tables du recueil Lebon

En conclusion, on relèvera que la liberté de faire campagne a un réel fondement européen et constitutionnel. Cela ne manquera pas de générer une certaine adaptation de sa concrétisation par le droit électoral. Il faut en effet garder en tête que les entraves parfois apportées à l'expression politique hors temps de la campagne officielle doivent rester proportionnées et justifiées par la nécessité dans une société démocratique. En ce qui concerne le temps de la campagne officielle, l'égalité ne doit pas tendre à annihiler la liberté même si la sincérité du scrutin devait en souffrir. Ce conflit se trouve en fait réduit par nos juges de l'élection à la question de l'impact que la fraude a eu sur l'élection. Adapter le droit des campagnes électorales relève donc d'une exigence de l'Etat de droit. Comme le suggérait Cicéron « agissons devant nos concurrents la menace d'un procès et, d'une manière ou d'une autre, faisons pression sur ceux qui les financent ».

Point de vue comparatiste : Faut-il adapter les règles relatives aux campagnes électorales ? Les enseignements tirés de l'expérience américaine

Par Wanda Mastor, Professeur de droit public, Université Toulouse I Capitole, Institut Maurice Hauriou

La question de l'adaptation des règles des campagnes électorales se pose pour répondre à une impérieuse nécessité. Nécessité qui s'observe par rapport à quoi, à qui ? Par rapport à l'expérience d'une campagne tout d'abord. Il n'échappera à personne que c'est à partir d'elle qu'a germé dans l'esprit de l'organisateur la pertinence de ce questionnement universitaire. Par rapport aux autres systèmes ensuite. Quand nos propres instruments apparaissent comme déficitaires, défailants ou insuffisants, le comparatisme est un formidable nid, non pas de solutions, mais de pistes de réflexion. Il peut mener au constat, amer parfois, d'un échec annoncé, ou au contraire de la pertinence de certaines transpositions. Le sujet est vaste puisque la notion de campagne est commune à toutes les élections. Bien évidemment, la tentation est grande de se pencher aujourd'hui avec plus d'acuité sur les campagnes présidentielles. D'un point de normatif, celles-ci relèvent, certains diront étonnamment, non pas du code électoral directement (seulement pas renvoi ou par analogie) mais essentiellement de la loi de 1962 plusieurs fois modifiée.

L'envergure de la fonction présidentielle explique l'importance toute particulière de la campagne et de son encadrement normatif. S'il fallait céder à la tentation de résumer l'esprit de ce dernier, il pourrait être fièrement avancé que le droit français insiste essentiellement sur la transparence et l'équité. La campagne présidentielle est une compétition personnelle, l'homme s'exposant plus que son parti. Et comme dans toute compétition démocratique, les candidats doivent pouvoir bénéficier d'une égalité de traitement. Il n'y a qu'une seule arme que la Constitution, la loi, les décrets ou la jurisprudence ne pourront jamais garantir de manière parfaitement égalitaire : c'est le talent. Mais elles peuvent se saisir de tout le reste : l'alignement des règles de parrainage, l'égalité des temps de parole dans les media, l'encadrement du financement des campagnes. Ces règles se situent à chaque niveau de l'échelle normative : dispositions constitutionnelles, lois organiques, lois ordinaires et dispositions à valeur réglementaire, où le Conseil constitutionnel est omniprésent. En vertu de L'article 58 de la Constitution, c'est en effet lui qui « veille à la régularité de l'élection du Président de la république (...) ». Les textes relatifs à l'élection présidentielle donnent une interprétation très large du verbe « veiller » utilisé par le texte constitutionnel, les compétences du Conseil étant multiples durant la période électorale.

Le droit de faire campagne, c'est celui d'être soutenu et d'être entendu. Or tant en ce qui concerne la question du financement que de la propagande, les règles sont particulièrement strictes en entravent, sans aucun doute, la dynamique des campagnes. Toutes les grandes démocraties se sont dotées d'un arsenal, souvent législatif, pour encadrer ces deux questions. La plupart du temps, elles font prévaloir l'objectif de transparence, de lutte contre la corruption, de l'égalité de traitement sur la liberté d'expression. Il s'agit là d'une sorte de dénominateur commun à toutes les démocraties électives. Et pourtant, les Etats-Unis font figure d'exception depuis peu

de temps. Le récent revirement de jurisprudence pourrait bien ouvrir la voie à une série d'évolutions. Il oblige en tout cas à la réflexion.

Outre-Atlantique, les règles relatives aux modalités des campagnes électorales et à l'administration électorale ne sont pas ou peu prévues par la Constitution. A ce phénomène général, que l'on peut constater dans plusieurs États, s'ajoute les particularités attachées à la forme de l'Etat. Les États disposent de compétences très importantes en matière de détermination des règles électorales y compris en ce qui concerne les élections fédérales. Ainsi, la section 4 (1.) de l'article 1^{er} de la Constitution des États-Unis prévoit que « L'époque, le lieu et le mode d'élection des sénateurs et des représentants seront déterminés dans chaque État par la législature », cette disposition précisant que « le Congrès peut toutefois, à tout moment, déterminer ou modifier par une loi les règles des élections, à l'exception de celles relatives au lieu des élections des sénateurs ».

Les règles applicables en matière de financement des campagnes n'ont cessé d'être renforcées depuis le scandale du Watergate, dans le souci de lutter contre la corruption. Une législation adoptée en 2002 et confirmée par la Cour suprême en décembre 2003 a marqué une étape majeure, que remet en cause un arrêt rendu le 21 janvier 2010. Deux objectifs se sont affrontés au cours des dix dernières années : celui de la promotion de la liberté d'expression, véritable icône des droits américains, et celui de la lutte contre la corruption. De manière certes caricaturale, il peut être avancé que le premier (I) vient de remporter une bataille sur le second (II). Une joute que pourraient symboliser les échanges des arguments entre juges au sein d'une Cour suprême particulièrement divisée.

I. L'ancienne primauté de la lutte contre la corruption sur la liberté d'expression

L'arrêt *Citizens United v. Federal Election Commission* rendu le 21 janvier 2010 par la Cour suprême des Etats-Unis est un grand arrêt à plus d'un titre. De manière générale, il illustre avec une parfaite acuité la difficulté –que reflète la répartition des voix- pour les juges d'opérer une conciliation des droits ou intérêts. Cinq juges ont décidé de faire prévaloir la liberté d'expression sur l'objectif de lutte contre la corruption, plus impérieux aux yeux des quatre juges libéraux minoritaires. De manière plus spécifique, le récent arrêt revient, pour ne pas dire renverse, deux décisions antérieures tout aussi célèbres relatives au financement des campagnes électorales. Le contexte politique entourant son adoption contribue à l'auréoler du statut de « grand » arrêt : Barack Obama lui-même s'est permis de le critiquer lors du célèbre discours sur l'état de l'Union, n'hésitant pas à inviter implicitement le Congrès à anéantir sa portée.

De nombreuses lois ont été adoptées dès le début du XXe siècle afin de lutter contre la corruption, dont le *Federal Corrupt Act* de 1925. En 1971, le *Federal Election Campaign Act (FECA)* a été adopté et modifié en 1974, à la suite du scandale du Watergate. Ces normes avaient pour volonté affichée de rendre plus rigoureuses les règles relatives aux campagnes électorales. D'où les vives contestations de la part des candidats qui se sentaient entravés dans leur démarche de séduction électorale, et qui ont exercé plusieurs recours en inconstitutionnalité contre le *FECA*. La Cour suprême s'est prononcée pour la première fois sur ce texte dans la célèbre décision *Buckley v. Valeo*¹⁶³, y posant le principe de la primauté de la

¹⁶³

424 US 1 (1976).

liberté d'expression et la liberté d'association politiques protégées par le Premier Amendement ¹⁶⁴. En réalité, comme le souligne le professeur Elisabeth Zoller, la décision est moins claire que cela, et reflète sa difficulté à prendre position. Elle n'a en réalité pas vraiment tranché entre « deux conceptions du bien public qui s'affrontent derrière toute législation sur le rôle de l'argent en politique » ¹⁶⁵. Certaines dispositions du *FECA* ont été en conséquence déclarées non conformes à la Constitution, et le texte fut ensuite réformé, notamment par l'adoption du *Bipartisan Campaign Reform Act* du 27 mars 2002.

Cette réforme visait notamment à réglementer la « *soft money* » et les spots de campagne abordant des questions générales appelés « *Issue ads* », rehaussait les plafonds des dépenses et contributions admissibles. Dans son ensemble, elle augmentait la difficulté pour un candidat de réunir des fonds pour financer sa campagne électorale. Rares étaient les dépenses et contributions qui échappaient à la déclaration obligatoire et à un plafonnement. La Cour suprême, dans son arrêt *Mc Connell* rendu le 10 décembre 2003 ¹⁶⁶, a confirmé l'essentiel du dispositif du *BCRA* donnant ainsi la priorité à la lutte contre la corruption. Elle s'est appuyée sur une enquête du Sénat menée sur les élections fédérales de 1996, qui a dénoncé les pratiques des élus récompensant les généreux donateurs de *Soft Money*, pour démontrer que la corruption ou l'apparence de corruption était une réalité qui justifiait les mesures imposées par la réforme.

Symbole de cette priorité de l'objectif de lutte contre la corruption, la Commission des élections fédérales (*Federal Election Commission*) fut essentiellement créée pour assurer l'application des amendements du *Federal Election Campaign Act* de 1974 suite à l'affaire du *Watergate*. Elle avait au départ pour objectif de lutter contre les dérives du financement des campagnes, ce que n'était pas parvenu à faire l'ancien office des élections fédérales. La loi sur le financement des campagnes électorales dispose notamment qu'« une commission des élections fédérales est établie pour administrer et appliquer la législation ». En ce qui concerne les opérations électorales entendues largement, de leur préparation au déroulement des votes, la commission a ainsi une mission d'harmonisation, vérifiant que lesdites opérations se déroulent dans le respect des règles fédérales.

Les dispositions principales de la loi de 1974, dont celle citée plus haut, furent attaquées en justice. Plusieurs requérants, dont un candidat à la présidence des États-Unis et les principaux partis politiques formèrent une action en justice contre les secrétaires du Sénat et de la Chambre des représentants, en tant que membres de droit de la commission nouvellement créée. Dans le projet initial, la Commission était en effet composée de huit membres, dont deux seulement étaient nommés par le Président des États-Unis ¹⁶⁷. Les requérants contestaient le mode de désignation

¹⁶⁴ En français, voir notamment l'article de P. AVRIL, « La législation fédérale sur le financement des campagnes électorales et la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis », in *Campagne électorale, Principe d'égalité et transparence financière*, Economica-PUAM, coll. Droit public positif, 1988, pp. 43-49.

¹⁶⁵ ZOLLER (E.), *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, collection Grands arrêts, 2010, p. 483.

¹⁶⁶ 540 US 93 (2003). Nous avons à l'époque commenté cet arrêt en compagnie de Marthe Fatin-Rouge Stefanini, « La Cour suprême américaine et la réforme du financement des campagnes électorales aux Etats-Unis : La décision *McConnell v. FEC* du 10 décembre 2003 », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n°59, 2004, pp. 473-502

¹⁶⁷ Deux membres l'étaient par le président *pro tempore* du Sénat « sur recommandation du chef de file de la majorité du Sénat », deux autres par le speaker de la Chambre des représentants suivant les mêmes conditions, les deux derniers membres, les secrétaires du Sénat et de la Chambre des représentants l'étant de droit, sans droit de vote.

prévu en se basant sur la violation de l'article II, section 2, n°2 de la Constitution en vertu duquel « le Président proposera, et de par et avec le conseil et le consentement du Sénat nommera (...) toutes les autres personnes investies de charges officielles aux États-Unis (...) ». Dans l'arrêt *Buckley v. Valeo*, la Cour suprême déclara l'inconstitutionnalité de la disposition contestée. S'appuyant sur les larges pouvoirs de réglementation et d'exécution accordés par la loi à la Commission, la Cour estime que cette dernière est bien « investie de charges officielles » au sens de la Constitution et devait, de ce fait, être nommée dans son ensemble par le Président de la République. Désormais, les membres de la Commission des élections fédérales sont nommés pour une durée de six ans par le Président sur conseil et avec le consentement du Sénat.

La Commission des élections fédérales détient des pouvoirs très étendus, allant de la simple consultation à la répression des atteintes portées à la loi sur le financement des campagnes fédérales. La loi de 1974 lui attribue une fonction de tenue des registres, de publicité et de contrôle ; la commission doit, selon les termes du § 438 b), « servir de bureau central national d'information pour ce qui concerne le respect de la gestion des élections ». Cette fonction d'assistance des États dans l'application de la loi fédérale est primordiale, rendue d'autant plus nécessaire par la coexistence de cinq techniques de vote différentes : l'utilisation de bulletins classiques (*paper ballots*) ; les bulletins devant être remplis (*marksense*) ; ceux devant être poinçonnés (*punchcards*) ; le vote électronique et le vote par Internet. La Commission a ainsi un rôle d'uniformisation important à jouer, en aidant les États à adapter leurs dispositifs matériels et normatifs pour mieux converger vers les règles fédérales. C'est ainsi par exemple que la Floride, forte d'une expérience chaotique, a décidé de recourir à des scanners optiques ou des écrans tactiles, techniques plus fiables. Plus généralement, la commission procure aux administrateurs électoraux des informations très diverses relatives aux élections notamment par le biais du « *FEC Journal of Election Administration* ».

La Commission des élections fédérales détient également des pouvoirs de réglementation, de jugement et d'exécution. De réglementation, tout d'abord, car elle peut adopter des règles « nécessaires à la mise en œuvre des dispositions de cette loi » (§437 d, a, 8), « formuler des lignes directrices générales en rapport avec l'administration de cette loi » (§437 d, a, 9). Des pouvoirs de jugement ensuite, l'article 18 du Code pénal la qualifiant de « juridiction de droit commun en ce qui concerne l'application civile de la loi électorale ». Enfin, les pouvoirs d'exécution de la Commission sont également très étendus. Aussi peut-elle engager une action civile pour obtenir notamment une injonction contre « tous actes ou pratiques qui constituent ou constitueront une violation de cette loi » (§437, g, a, 5). La Commission, procédant éventuellement à des auditions, peut aller jusqu'à déclarer l'inéligibilité d'un candidat pendant une certaine période (§456 a) ¹⁶⁸. En revanche, elle ne peut invalider une élection dont elle a réussi à prouver l'irrégularité.

La Commission des élections fédérales, malgré certaines critiques émises notamment à l'encontre de sa composition (compte tenu du nombre pair de ses membres et du clivage souvent partisan, la majorité est difficile à obtenir), joue ainsi

¹⁶⁸ Plus exactement, la commission peut « conclure qu'une personne n'a pas rempli » le rapport obligatoire sur les contributions et dépenses « alors qu'elle était candidate à une charge fédérale ». De ce fait, le candidat ne pourra « se présenter à aucune future élection à une charge fédérale pour une période commençant au jour de ladite décision et se terminant un an après l'expiration du mandat de la charge fédérale à laquelle cette personne était candidate » (§ 456 a), cité par la Cour suprême in *Buckley v. Valeo*, précité.

un rôle essentiel dans l'organisation du processus électoral. Clef de voûte de l'administration électorale au niveau fédéral, elle détient également des pouvoirs juridictionnels, certes limités. L'essentiel du contentieux électoral relève du pouvoir judiciaire fédéral.

2. La récente primauté de la liberté d'expression sur l'objectif de lutte contre la corruption

Les protections dont bénéficient la liberté d'expression et d'association, proclamées dans les premiers et quatorzième amendements ne sont pas absolues, et peuvent être limitées en raison d'un intérêt supérieur de l'État. En matière électorale, il peut s'agir notamment de la transparence financière, la prévention de la corruption ou la préservation de l'intégrité du processus électoral et le respect de l'intention manifeste de l'électeur. Ces deux derniers ont été cumulativement évoqués dans la désormais très célèbre affaire *Bush v. Gore*¹⁶⁹.

Une éventuelle atteinte portée à la liberté d'expression, garantie par le premier amendement, peut être évoquée à plusieurs niveaux du déroulement des élections. Au stade des campagnes électorales, les questions de leur financement ou de l'accès aux médias peuvent représenter une entrave à la liberté d'expression d'un candidat. Depuis l'arrêt *Roth v. US*¹⁷⁰, estimant que le premier amendement, assurant « le libre échange des idées en vue de la réalisation des changements politiques souhaités par le peuple », accordait la protection la plus large à l'expression politique, la Cour suprême exerçait un contrôle strict (*strict scrutiny*) dans cette matière. Mais par la suite, dans un arrêt rendu en 2001¹⁷¹, elle a admis des limitations de la liberté d'expression des candidats posées dans l'intérêt de la lutte contre la corruption par la loi fédérale sur les campagnes électorales.

Au stade des élections proprement dites, la liberté d'expression peut être invoquée par les électeurs revendiquant un droit d'accès aux urnes. De même, le premier amendement a été évoqué pour assurer la protection de la liberté d'association des électeurs, notamment lorsque certaines associations politiques professent des opinions controversées¹⁷². Aussi ces dernières ne peuvent-elles être contraintes à relever l'identité de leurs membres que si un intérêt public l'exige¹⁷³.

En ce qui concerne plus précisément l'encadrement normatif des campagnes électorales, la liberté d'expression prime désormais sur l'objectif de lutte contre la corruption. L'arrêt rendu le 21 janvier 2010 semble rendre hommage au combat mené par le juge Scalia qui, dans l'affaire *Mc Connell*, s'écriait qu'il s'agissait d'un triste jour pour la liberté du Premier amendement.

Pour mesurer l'importance de cet événement, il faut remonter à l'arrêt *Austin Michigan Chamber of Commerce*¹⁷⁴, qui avait posé en 1990 la règle de l'interdiction pour une association de financer directement des spots publicitaires en faveur ou en défaveur d'un candidat. Dans l'arrêt *McConnell* rendu en 2003, la Cour suprême des Etats-Unis y avait validé presque entièrement le *Bipartisan Campaign Reform Act* adopté en mars 2002. La loi s'attaquait alors principalement à l'influence de la *soft*

¹⁶⁹ *Bush v. Gore*, 531 US 98 (2001).

¹⁷⁰ *Roth v. US*, 354 US 476 (1957).

¹⁷¹ *Federal Election Commission v. Colorado Republican Campaign Committee*, 69 US LW 4553 (2001).

¹⁷² Voir en ce sens, *NAACP v. Alabama*, 357 US 449 (1958).

¹⁷³ Dans l'arrêt ci-dessus cité, il s'agissait de la transparence financière.

¹⁷⁴ 494 US 652 (1990).

money (dite encore *non-federal funds*) sur le financement des campagnes électorales fédérales et à l'utilisation de ces fonds dans des communications génériques de campagne (*issues ads*). Le recours à ces fonds d'origine privée avait pris un tel essor au fil des campagnes que le Congrès avait décidé de le limiter au nom de la lutte contre la corruption. La loi, adoptée peu de temps après le scandale de l'affaire *Enron*, a été validée par la Cour suprême à une voix près, les juges dissidents dénonçant « un triste jour pour la liberté d'expression ». C'est cette dernière, particulièrement sacralisée aux Etats-Unis, qui va en 2010 l'emporter sur l'objectif de lutte contre la corruption.

L'origine de l'affaire se situe dans un documentaire intitulé « *Hillary : The Movie* », dont la publicité a été financée par l'association conservatrice *Citizens United*. Le *Federal Election Commission*, portant plainte contre l'association, a souligné qu'elle ne pouvait puiser directement dans sa trésorerie les moyens de financement d'une publicité à l'encontre d'un candidat, et ce peu avant le déroulement des primaires démocrates. La majorité de la Cour a décidé, au nom du premier amendement, et en revenant sur les arrêts *Austin* (totalement) et *McConnell* (partiellement) précités, que les entreprises privées pouvaient désormais librement financer les campagnes électorales. Reprenant le contenu de son opinion dissidente sous l'arrêt *McConnell*, le juge Kennedy, écrivant cette fois pour la majorité, énonce que « le premier amendement garantit la liberté d'expérimenter et de créer dans l'espace de la pensée et de la parole. Les citoyens doivent être libres d'utiliser de nouvelles formes, de nouveaux forums, pour l'expression de leurs idées. Le discours civique appartient au peuple, et le gouvernement ne saurait prescrire les moyens devant être utilisés pour le mener à bien ». Le bloc conservateur se montre ici plus libertaire –ou plus pragmatique ?– que le bloc libéral : le spectre de la corruption n'est peut-être pas loin, mais une liberté suprême ne peut s'épanouir sans les moyens matériels nécessaires à cet épanouissement. En d'autres termes, l'argent permet au premier amendement d'être effectif, qu'il provienne de personnes privées ou d'entreprises d'envergure internationale. Ainsi en a jugé la courte majorité des *Supremes*, malgré l'avis farouchement contraire du Président des Etats-Unis lui-même.

Point de vue historique : Les campagnes électorales avant le droit des campagnes électorales

Par Stéphane MOUTON (Maître de conférences en droit public – HDR Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse 1 – Capitole)

« Il n'est pas d'histoire politique sans prise en considération des opérations électorales »¹⁷⁵.

Le droit des campagnes est un droit récent. Il se compose d'une vingtaine de dispositions législatives et réglementaires relatives à des questions très précises, relevant pour l'essentiel de la propagande électorale et, depuis 1988, de la transparence financière de la vie politique¹⁷⁶. A titre d'exemple, le texte le plus ancien du code électoral concernant précisément les campagnes est la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962¹⁷⁷. Ce rappel souligne le caractère mystérieux, voire aventureux du sujet, car il n'existerait donc pas à proprement parlé de droit électoral relatif aux campagnes électorales au sens historique du terme. Cette carence juridique met de surcroît en lumière la difficulté à saisir le statut juridique du candidat politique. *Homo politicus* en devenir, le candidat est dans une phase de conquête du pouvoir qui le place dans une logique doublement « interactionnelle », avec ses concurrents d'abord, et ses électeurs ensuite. Situé dans une phase politiquement temporaire et juridiquement floue, il constitue donc un sujet difficilement identifiable pour le droit !

S'il n'existe pas précisément de dispositions juridiques relatives aux campagnes électorales dans le droit antérieur à 1958, il existe bien un droit électoral qui influence les campagnes électorales. Concrètement, les premières règles de droit peuvent être identifiées dans le *Règlement d'élaboration des cahiers de doléances et d'élection des députés des 3 ordres à l'assemblée des États généraux* publié par Louis XVI, le 24 janvier 1789¹⁷⁸. C'est lui qui organise « la première de nos expériences électorales »¹⁷⁹, dont il n'est pas impossible de dire qu'il s'inscrit lui-même dans un environnement juridique précis, à savoir l'organisation administrative et judiciaire mise en place sous l'Ancien régime et déjà sollicitée alors pour des élections politiques. Les suffrages s'exprimaient alors dans le cadre du baillage ou de la

¹⁷⁵ M. MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, Montchrestien, « Domat – droit public », 10^{ème} édition, 2008, p.71.

¹⁷⁶ Loi organique n°88-226 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique, et loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relatives à la transparence de la vie politique ; loi n° 90-55 du 15 janvier 1990, loi organique n° 90-383 du 10 mai 1990 relative aux opérations électorales de l'élection du président de la République, et loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, loi du 19 janvier 1995.

¹⁷⁷ Voir par ex : J.Y VINCENT et M de VILLIERS : *Code électoral commenté*, LITEC, Lexis-nexis, 2008.

¹⁷⁸ Pour une analyse générale de l'origine du régime électoral des Etats généraux, J. CADART : *Le régime électoral des Etats généraux de 1789 et ses origines (1320-1614)*, Sirey, 1952, spéc. 1^{ère} partie : « Le régime électoral des états généraux de 1302 à 1614 ».

¹⁷⁹ A. COCHIN : *Les sociétés de pensées et la démocratie ; Études d'histoire révolutionnaire*, Paris, Plon-Nourrit et Cie, 1921, p. 72.

sénéchaussée¹⁸⁰, où les juges assistaient les baillis et sénéchaux qui encadraient les élections¹⁸¹. Ainsi, l'organisation des premières consultations électorales et le premier personnel politique s'appuient sur le droit et les hommes de justice. Le droit n'a donc jamais cessé d'entourer les campagnes électorales avant et après la Révolution, même si à cet instant fondateur il n'existe pas encore de vrai corps de doctrine ou de textes qui puissent donner à l'administration royale matière à définir « *les règles du jeu électoral* »¹⁸².

Il n'en demeure pas moins que ce règlement constitue le texte fondateur du droit électoral moderne. Il laisse percer, comme le souligne M. Morabito¹⁸³, un souci d'unité qui annonce directement le droit électoral postrévolutionnaire, et ce pour deux raisons.

En premier lieu, le Règlement du 24 janvier 1789 inspire l'ensemble de la production juridique qui se développe après lui dès les premières heures de la Révolution. Dans le prolongement des Constitutions prolixes sur le sujet, les révolutionnaires élaborent avec soin la législation électorale, comme le démontre le décret du 22 décembre 1789 ou encore des six textes venant réglementer le fonctionnement des assemblées primaires et électorales après lui¹⁸⁴. Ces textes impriment déjà leur influence sur les phases de désignation des candidats aux élections, au moment même où le nouveau régime revendique haut et fort le principe de la désignation des représentants de la nation à toutes les fonctions publiques ! Il est en effet possible de dénombrer près d'une vingtaine de consultations sous la période révolutionnaire depuis les élections aux Etats généraux. De plus, sous la Révolution, c'est un million de postes qui est soumis à l'élection, démontrant que la France avait mis en place un système électif plus développé, et une rotation plus avancées qu'aux Etats-Unis¹⁸⁵, et ce, jusqu'au « *coup de frein* » donné par la loi du 13 ventôse an IX¹⁸⁶. Mais dans le prolongement de ces textes juridiques relatifs à l'organisation des modes d'élection, il existe encore un ensemble de règles juridiques qui a toujours affecté de manière plus ou moins directe les campagnes électorales. Plus particulièrement, il est possible de recenser plusieurs textes issus de la 3^{ème} République qui trouvent une application importante dans le domaine des campagnes par le biais des libertés politiques tout d'abord, mais aussi du droit électoral et parlementaire ensuite. En ce qui concerne les libertés politiques, les libertés d'opinion et d'expression surtout, sur le fondement de l'article 11 de la déclaration des droits de 1789, connaissent une résonance en matière politique que se soit par le droit de parole publique, le droit à la diffusion d'imprimés et le droit d'affichage dont la réglementation actuelle résulte de la loi du 29 juillet 1881. Cette loi en bornait d'ailleurs son usage de manière rigoureuse en interdisant particulièrement « *les cris et chants séditieux proférés*

¹⁸⁰ Art. 1^{er} à 5 du Règlement du 24 janvier 1789. Voir J. CADART : *Le régime électoral des Etats généraux de 1789 et ses origines (1320-1614)*, op. cit. p. 94-95

¹⁸¹ Voir les 8 et 25 du Règlement du 24 janvier 1789.

¹⁸² A. COCHIN : *Les sociétés de pensées et la démocratie*, op. cit. p. 35

¹⁸³ M. MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France*, op. cit. p. 36-37.

¹⁸⁴ M. MORABITO : *Ibid.* p. 128

¹⁸⁵ M. PRINCETON : "Participation et sociologie électorales dans les Landes en 1790", *Patterson College of New Jersey*, in *Annales historiques de la Révolution française*, 1999, n°2, site <http://www.persee.fr>

¹⁸⁶ 4 mars 1801. C'est cette loi qui instaure le principe des listes de confiance.

dans les lieux publics »¹⁸⁷. Cette même loi reconnaît aussi la liberté de réunion qui se définit depuis lors comme « l'échange en commun d'idées » dans un local « clos »¹⁸⁸, et ne nécessitant plus d'après la loi du 28 mars 1907 une déclaration préalable à la suite du refus de l'Eglise catholique de faire une déclaration pour une manifestation du culte. Ce sont là des dispositions qui sont aujourd'hui consacrées par le code électoral¹⁸⁹. Mais au delà des lois relatives aux libertés précitées, il existe encore une influence du droit parlementaire de la 3^{ème} République dans l'organisation des procédures de votes contemporaines¹⁹⁰. Suivant l'exemple du Royaume Uni¹⁹¹, mais avant les Etats-Unis¹⁹², c'est ici que l'on trouve la première loi relative à la répression pénale de la corruption, la loi du 31 mars 1914, ou encore depuis 1871, l'interdiction de modifier le système électoral moins d'un an avant les élections est contraire à la tradition républicaine, désormais consacré par l'article 7 de la loi n° 90-1103 du 11 décembre 1990¹⁹³. Néanmoins, un constat d'ores et déjà s'impose en dépit de cette production juridique. Plus le régime républicain s'enracine dans les institutions, et plus la législation relative aux campagnes électorales décline quantitativement et qualitativement. Subissant une déconstitutionnalisation progressive sur le plan qualitatif, elle se réduit aussi dans le nombre, jusqu'à renaître dans le droit positif contemporain.

En second lieu, le Règlement du 24 janvier 1789 confère au système électoral français ses caractères intrinsèques mais aussi ses contradictions futures. Concrètement en effet, comme le souligne A. Cochin, dont l'analyse toujours « *partiale et l'érudition hasardeuse n'hypothèque néanmoins pas la justesse de son intuition* »¹⁹⁴, et comme le rappelle F. Furet¹⁹⁵, ce règlement traduit l'affrontement entre deux principes : ceux des libertés à la française et des libertés à l'anglaise¹⁹⁶. Les *libertés à l'anglaise*, c'est la force nouvelle qui pousse vers la démocratie. Celles-ci reposent sur le principe d'un peuple abstrait et univoque, composé de « citoyens-électeurs » tous égaux, qui exprime sa volonté politique dans un mécanisme de figuration collective. Ce sont elles qui donnent naissance au régime représentatif moderne dont la légitimité repose sur la désignation des représentants par la base la plus large de représentés. Dans sa volonté de donner un vrai caractère moderne et démocratique aux votes des Etats généraux, ces libertés anglaises sont pleinement

¹⁸⁷ loi du 29 juillet 1881 repris à l'art. 48 du Code électoral. – Emplacement de l'affichage pendant les campagnes électorales : loi du 20 mars 1914 et loi du 2 avril 1932 ; - Prise en charge par l'Etat des dépenses d'impression : loi du 10 oct. 1919 ; loi du 20 mars 1924 ; loi du 24 juillet 1927.

¹⁸⁸ Le CE d'ailleurs a rappelé l'interdiction des réunions sur la voie publique : CE 29 juill. 2002, *El. Mun. Sainte-Maxime*.

¹⁸⁹ Art. L. 47 CE : « Les conditions dans lesquelles peuvent être tenues les réunions électorales sont fixées par la loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion et par la loi du 28 mars 1807 relative aux réunions publiques ».

¹⁹⁰ Voir la loi organique du 30 nov. 1875 qui fixe un droit à indemnité parlementaire permanente ainsi que la loi du 30 déc. 1928 qui fixe le principe des incompatibilités parlementaires.

¹⁹¹ *Corrupt practices prevention Act* de 1854.

¹⁹² *Federal corrupt practices* de 1925.

¹⁹³ « Il ne peut être procédé à aucun redécoupage des circonscriptions électorales dans l'année précédant l'échéance normale de renouvellement des assemblées concernées ».

¹⁹⁴ P. GUENIFFEY et R. HALEVY : « Clubs et sociétés populaires », in *Dictionnaire de la Révolution française*, op. cit. p. 493

¹⁹⁵ F. FURET : *Penser la révolution française*, Gallimard 1978, Rééd° Folio, « Histoire », 1989, et plus précisément le chapitre 3 « Augustin Cochin : la théorie du jacobinisme » du Titre 2 intitulé « Trois histoires possibles de la révolution française », p. 257 et s. ; spéc. p. 284.

¹⁹⁶ A. COCHIN : *Les sociétés de pensées et la démocratie*, op. cit, p. 72

reconnues par le Règlement du 24 janvier 1789¹⁹⁷. Ce texte vise clairement à définir des modalités de votes des états généraux qui se caractérisent par la vraie affirmation d' « *un vote démocratique des électeurs* »¹⁹⁸. Comme le dit Alphonse Aulard, avec le règlement du 24 janvier 1789, « *c'était presque le suffrage universel (...) et l'établissement de la république, forme naturelle de la démocratie* »¹⁹⁹. De ces libertés, le régime républicain conservera toujours le principe selon lequel les représentants de la nation doivent être désignés par l'ensemble des citoyens. Mais ce puissant mouvement démocratique se trouve ici conjugué avec un second principe, celui des *libertés à la française*²⁰⁰. Celui-ci invoque un autre type représentation politique, non plus de nature abstraite et représentative, mais au contraire concret et corporatiste reposant sur le mandat impératif et le respect des trois corps de l'ancienne France. Or, comme le souligne Cochin encore, entre ces deux conceptions aux principes antagonistes et inconciliables, « *Necker ne choisit pas !* »²⁰¹. Il les mêle plutôt dans le Règlement de 1789 « *sans en apercevoir la logique intellectuellement contradictoire* », complètement centré sur son souci intellectuellement pertinent mais déjà sociologiquement impossible d'associer les forces nouvelles et anciennes dans une entreprise de régénération de la Monarchie.

« *Meurtrière* » pour cette dernière en 1789²⁰², cette logique contradictoire ne cessera jamais de travailler les mœurs et les pratiques politiques françaises relatives à la désignation des gouvernants. C'est elle qui instille de lourdes ambiguïtés qui ressurgissent de manière récurrente avec acuité dans les phases de campagnes électorales²⁰³. Mise en place au nom de la modernité et de l'innovation sur le principe de l'expression de la volonté du peuple, les mécanismes de désignation des représentants par le principe électif se révèlent être surtout des instruments de conservation sociologique de légitimation politique des gouvernants. Analysant ce processus contradictoire au sein d'une réflexion d'ensemble sur les nouvelles mœurs politiques mises en place en 1789 et dont les conséquences retentissent bien sur le mode de désignation des candidats, Alphonse Aulard écrit qu'en 1789 les révolutionnaires consacrent le principe de l'égalité des droits qui se traduit électoralement par le principe « *un électeur, une voix* ». Or la conséquence de principe « *c'est la démocratie, c'est le suffrage universel* »²⁰⁴. Pourtant constate

¹⁹⁷ J. CADART : « En 1789, les corps n'étaient plus représentés, mais les individus », in *Le régime électoral des Etats généraux de 1789 et ses origines (1320-1614)*, op. cit. p. 162

¹⁹⁸ F. FURET : *Penser la révolution française*, op. cit. p. 284

¹⁹⁹ A. AULARD : *Histoire politique de la Révolution française ; Origines et développement de la démocratie et de la République*, 1901, 5^{ème} éd° 1913, p. 30-32 : voir site « Les classiques des sciences sociales : <http://classiques.uqac/classiques>.

²⁰⁰ F. FURET : *Penser la révolution française*, op. cit. p. 284

²⁰¹ F. FURET : *ibid.* p. 284.

²⁰² F. FURET : *ibid.* p. 285.

²⁰³ Cette ambiguïté se manifeste avec acuité à propos de la question du caractère du mandat du député élu aux Etats généraux. Conformément à la conception de l'ancien régime, le règlement du 24 janvier 1789 maintenait le principe d'un mandat impératif pour les élections au sein des assemblées inférieures, au motif que les députés doivent défendre aux Etats généraux le programme établi dans les cahiers. L'art. 45 du règlement général précise que « *les pouvoirs dont les députés seront munis devront être généraux et suffisants pour proposer, remontrer, aviser et consentir ainsi qu'il est porté aux lettres de convocation* ». Or, en rupture avec ce principe, les décrets de décembre 1789 libèrent les élus de la tutelle de leurs commettants. Cette variation de conception démontre donc que les idées relatives à la nature de la représentation n'étaient pas clairement fixées. En tout état de cause, dès la Constitution de 1791, le principe du mandat représentatif est solennellement consacré : Art. 7, Section III, Chapitre 1^{er}, T. III.

²⁰⁴ A. AULARD : *Histoire politique de la Révolution française*, op.cit., p. 45

pertinemment l'auteur, dans les faits et « pour ne parler que des conséquences politiques de ce principe, ils allaient établir le suffrage censitaire »²⁰⁵. Il précise encore que les révolutionnaires consacrent « le principe de la souveraineté de la nation »²⁰⁶. Or si ce principe appelle naturellement « la république, ils allaient au contraire maintenir la monarchie »!²⁰⁷.

Aujourd'hui encore, cette ambiguïté se manifeste toujours dans les stratégies de conquêtes politiques. « Alors que les campagnes électorales évoquent la subordination du candidat à la volonté des électeurs au nom de la souveraineté populaire - note R. Charvin et J.J. Sueur - le droit organise l'indépendance de l'élu vis-à-vis des électeurs au nom du principe de la souveraineté nationale »²⁰⁸. De cette ambivalence confinant à la confusion, découle toutes les problématiques qui traverse le débat électoral en France de manière récurrente. Adapter les règles électorales pour lutter contre la crise de la représentation ? Peut-être. Mais l'histoire nous apprend que la crise de la représentation est consubstantielle à la construction même d'un phénomène politique au sein duquel les processus de légitimation et d'exercice du pouvoir reposent en réalité sur deux conceptions différentes du peuple que le phénomène représentatif tente d'articuler²⁰⁹. Par nature, comme le dit L. Jaume, la représentation est une « fiction malmenée »²¹⁰, car selon la formule élaborée par P. Rosenvallon cette fois-ci, le peuple renvoie à un « peuple principe » qui sous-tend lui même à la fois une entité abstraite et une réalité sociale²¹¹. « Principe et promesse »²¹², il est un principe politico-juridique ambivalent. Il fonde la légitimité même du régime démocratique qui se donne pour fonction d'incarner librement les aspirations citoyennes qui émanent d'un « peuple société » qui se compose lui même des individus qui constituent concrètement le corps social. Or, clairement, dans le régime représentatif, ces deux peuples n'ont pas forcément vocation à être assimilés. Comme le souligne Carré de Malberg, la nécessaire indépendance des représentants vis-à-vis des représentés implique que « le régime dit représentatif n'est pas un régime de représentation »²¹³. Par voie de conséquence, l'indifférence électorale qui s'exprime par l'absentéisme est un mal récurrent et universel²¹⁴. Il est le revers inéluctable du détachement politique entre la source et l'exercice du pouvoir ! Adapter les règles pour assurer une meilleure démocratie de proximité ? Mais l'histoire nous apprend encore que la tendance électorale issue de 1789 en France secrète en conséquence de ce régime de nature représentative, une culture de la spécialisation politique fondée d'abord sur une assise sociologique, qui s'est mutée aujourd'hui en assise technique. Ce trait confère donc à toutes tentatives d'ouverture à « la société civile » le caractère de manœuvre

²⁰⁵ *Ibid.* p. 45

²⁰⁶ *Ibid.* p. 45

²⁰⁷ *Ibid.* p. 45

²⁰⁸ *Droits de l'homme et liberté de la personne*, Lexis-Nexis, Juris-Classeur, Coll° « Objectif droit », 4^{ème} édition, 2002, p. 266.

²⁰⁹ D. TURPIN : « Critique de la représentation », *Revue Pouvoirs* n°7 – 1978, p.7 et s.

²¹⁰ L. JAUME : « La représentation : une fiction malmenée », *Revue Pouvoirs*, n° 120, 2006, p. 15.

²¹¹ P. ROSENVALLO : *Le peuple introuvable ; Histoire e la représentation démocratique en France*, NRF Gallimard, « Bibliothèque des histoires », 1998, p. 31

²¹² P. ROSENVALLO : *ibid.* p. 31

²¹³ R. CARRE de MALBERG : *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, TII, 1922, Rééd°. CNRS, 1985, p. 229

²¹⁴ D'autres grandes démocraties sont confrontées au même problème. Il en va ainsi de la Suisse et des Etats-Unis par exemple. Il touche aussi les pays de l'Est nouvellement acquis au principe de la démocratie « pluraliste » et représentative (PECO).

stratégique répondant en réalité à des visées de légitimation du pouvoir et non d'élargissement de la représentation. Finalement, l'adaptation des règles électorales concerne surtout la lutte contre la corruption qui s'affirme positivement dans le droit électoral moderne depuis 1988²¹⁵. C'est déjà beaucoup. Mais le solde résonne tout de même comme une faible compensation pour une démocratie en recherche de repère idéologique.

D'une certaine manière, essentiel dans les processus de légitimation démocratique, la question du droit de suffrage qui se manifeste avec force au moment des campagnes électorales, doit être prolongée par d'autres mécanismes visant à améliorer la participation du peuple au pouvoir. Oubliées pendant longtemps, il existe d'autres formes d'intervention démocratique. A la Révolution en effet, la vraie participation politique du peuple ne s'exprimait pas prioritairement par la voie élective, par la désignation des gouvernants. A l'inverse, il est possible de dire qu'elle ne fût que le parent pauvre de l'expression politique du peuple au pouvoir. Ce constat apparaît somme toute très logique en 1789-1791 au regard de la nature « *ultra-représentative* » du régime que les révolutionnaires mettent en place. A l'instar de la Déclaration des droits qui « *réserve au citoyen le consentement à l'impôt et le droit de concourir à la formation de la loi* »²¹⁶, la question de la participation du peuple au pouvoir s'intègre dans une réflexion globale relative au fonctionnement des pouvoirs où le peuple intervient en qualité d'arbitre et/ou de contrôleur. C'est ce que démontre la question du veto royal par exemple. En ce sens, d'aucuns considéraient, comme le député Barrère, que ce droit devait se comprendre comme un appel au peuple. Pour d'autres, ce droit était vu comme une modalité s'apparentant à une participation de nature référendaire²¹⁷. A côté de cette fonction d'arbitre, le peuple pouvait encore intervenir en qualité de censeur politique. C'est ici d'ailleurs que le peuple exercerait sa meilleure fonction politique, dans le cadre des procédures relatives à la ratification des lois. Condorcet par exemple, reprend avec force cette idée, que les girondins relaieront plus timidement en proposant que les assemblées primaires puissent bénéficier d'un droit négatif de sanction des lois proposées par le Corps législatif²¹⁸. Ce fut une solution en 1792²¹⁹, concrétisée mais non appliquée par les articles 55 et 53- 59 et 60 de la Constitution de 1793²²⁰. Idée surannée ? Bien au contraire, la consécration en France d'un référendum certes d'initiative minoritaire²²¹, mais surtout l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité

²¹⁵ Voir législation précitée, note n°2 de cette étude. Pour une présentation détaillée des procédures : J. GRAND D'ESNON et Ph. BLANCHETIER : *Campagnes électorales : financement et communication* », Ed° Le Moniteur, 2007.

²¹⁶ X. BIOY : *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, Lextenso éditions, Coll° « Cours – LMD », 2011, p. 710

²¹⁷ M. MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France*, op. cit. p. 57

²¹⁸ Nous nous permettons ici de renvoyer à notre étude : « L'apport de la théorie du pouvoir constituant de Condorcet à l'étude du droit constitutionnel contemporain », in 8^{ème} Congrès de droit constitutionnel de l'association française de droit constitutionnel, Nancy 16-18 juin 2011, Atelier n°9 « *Approche historique* » sous la direction de MM.les professeurs M. TROPER, L. JAUME et F. SAINT-BONNET. Site internet : <http://droitconstitutionnel.org>.

²¹⁹ M. MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France*, op. cit. p. 94

²²⁰ Néanmoins, ce retour au peuple ne peut être vu comme une volonté de redonner au citoyen sa parcelle de souveraineté. En ce sens, la Déclaration 1793 dans son article 27 rappelle que tout individu qui usurperait la souveraineté soit à l'instant mis à mort par les hommes libres ».

²²¹ Art. 11 C. 58 issu de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la République.

par voie d'exception²²², revalorise cette participation juridique, entendons constitutionnelle au pouvoir, alors même que le droit moderne se caractérise encore par une volonté de déconstitutionnaliser les procédures électives. Ces voies juridiques ne s'érigent pas contre la démocratie élective. Elles peuvent en être le prolongement. En permettant au peuple de prendre part de façon rationnelle et constructive à la décision législative, la ratification populaire, comme le contrôle de constitutionnalité peuvent participer à renouer le lien entre le peuple et ses représentants²²³. Le droit peut ici régénérer le « *pouvoir de suffrage* » dès lors que celui-ci évoque d'abord et bien sût « *l'organisation politique de l'assentiment, c'est-à-dire de cette opération de la volonté qui consiste à accepter ou ne pas accepter une proposition faite ou une décision prise par un autre pouvoir* » mais aussi « *l'organisation politique des sentiments de confiance et de dévouement d'homme à homme qui engendrent le patronage et la clientèle* »²²⁴.

S'il n'existe pas à proprement parler de droit des campagnes électorales, dans une perspective historique, il y a un droit électoral qui structure les campagnes électorales par le biais duquel il est possible de découvrir la logique, les contradictions, et les limites de ces dernières. Il s'agit en effet d'un droit pris, pourrait-on dire, entre une espérance et une résistance ! L'espérance, c'est la recherche d'un lien pacifié entre l'électeur et le candidat afin de réaliser cette relation fusionnelle si espérée entre ces deux acteurs parce que c'est elle qui donnerait au régime démocratique le principe de sa légitimité, et la garantie de sa permanence après la forte secousse révolutionnaire (1^{ère} partie). Mais cette espérance légitime et souhaitable est perturbée par une résistance dans les faits. Il s'agit de la persistance d'une relation électorale conflictuelle entre l'électeur et le candidat qui participe d'ailleurs à faire du droit constitutionnel un droit qui « *sent la poudre* »²²⁵ (2^{ème} partie).

1. L'espérance : la recherche d'une relation électorale pacifiée

La tradition républicaine s'est forgée autour d'un mythe structurant : la fusion de l'électeur et de l'élu dans une entité abstraite au sein de laquelle ils entretiennent une relation pacifiée, entendons dépolitisée. Cette relation elle-même se construit autour de deux figures bien précises qui conditionnent la nature et les fonctions des acteurs convoqués lors des campagnes électorales : celle d'un électeur trié, choisi, et que l'on peut qualifier d'électeur « désigné » (A) ; et celle d'un candidat formé, éduqué, que l'on peut qualifier quant à lui de candidat « sélectionné » (B).

A- Un électeur désigné

²²² Art. 61-1 C. 58 issu de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la République.

²²³ Voir ici notre étude : « Quel avenir pour le contrôle à priori ? » in (dir° : X. MAGNON, X. BIOY, W. MASTOR et S. MOUTON) : *Question sur la question : Le réflexe constitutionnel*, Journée d'études de l'Institut Maurice Hauriou, Université Toulouse 1-Capitole, 10 juin 2011, Dalloz, à paraître.

²²⁴ M. HAURIOU : *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 544.

²²⁵ Comme le rappelait J.-Cl. CABANNE reprenant ici une formule employée par J. RIVERO et A. HAURIOU, in *Cours de droit constitutionnel, Maîtrise de droit public* ; in *écrits politiques et constitutionnel*, Presses universitaires de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, 1998.

Si le citoyen est bien considéré comme la source de tous les pouvoirs, son identité politique relève bien d'une construction juridique. C'est le droit qui modélise l'électeur (1), afin qu'il réponde à une fonction politique précise lorsqu'il élit le candidat aux élections (2).

1- La modélisation juridique de l'électeur

- Avec les états généraux, il est coutume de considérer que l'on passe « d'une société de corps à une société d'individus »²²⁶. Mais si la nouvelle ère politique que la Révolution inaugure est indiscutablement placée sous le signe de la valorisation de l'individu citoyen, comme le démontre la reconnaissance des droits au sein de la Déclaration des droits de 1789 par exemple, il serait faux de considérer que le nouveau dialogue politique qui se noue entre le candidat et l'électeur soit ici personnalisé. En réalité, dans le processus électoral, les candidats ne parlent pas directement aux hommes. Ils parlent à une entité collective, la nation, à travers les hommes qu'ils haranguent et tentent de convaincre. Certes, il s'agit là d'un processus qui a été lentement secrété par l'Ancien régime. Celui-ci avait déjà préparé la naissance à un corps social homogène par le biais du « règne de l'égalité » comme le souligne Tocqueville par exemple²²⁷. Mais à la Révolution, il se trouve consacré par une démocratie représentative qui repose sur une conception précise du corps électoral. Désormais, les citoyens ne sont jamais appréhendés que comme une entité « sans visage », prenant la forme « d'une masse compacte, ordonnée selon un principe géométrique où assimilé à une action »²²⁸. Conformément au processus d' « adunation » dont Sieyès est le grand théoricien, le citoyen disparaît derrière une entité politique et rationnelle qui ne laisse surgir au plan politique qu'un « homme fonction »²²⁹. Celui-ci n'est plus qu'une composante d'une entité idéale, la nation, dont les représentants discutent le destin à l'aune d'un horizon politique magnifié par les valeurs d'un rationalisme très philosophique qui ne recoupe pas forcément les volontés individuelles secrétées par le corps social.

Happé dans les sphères de l'abstraction, appréhendé sous le prisme d'une rhétorique symbolique, le peuple est toujours érigé en figure allégorique, et ce de 1789 à nos jours. Preuve que l'avènement du suffrage universel ne se traduit pas par un mouvement de concrétisation de la demande politique, le peuple n'existe que pensé sous la forme d'un tout, de l'entier, de « l'unité »²³⁰. En 1848 par exemple, sur les affiches électorales, on ne parle pas des citoyens ou du vrai peuple concret, mais de la « voix du peuple, voix de dieu »²³¹. Objet de métaphore toujours, le pouvoir du peuple fait l'objet d'une magnificence allégorique dont l'effectivité concrète n'a d'égale que son impuissance politique serait-on tenté de dire ! C'est pour cette raison qu'aujourd'hui encore, dans le discours électoral moderne, les citoyens sont toujours perçus sous le prisme du collectif. Certes, la propagande politique peut bien sur s'adapter aux différentes élections, européenne, nationale ou locale. Mais *in fine*, les candidats s'adressent toujours au même électeur, le citoyen façonné par la nation, et

²²⁶ P. ROSENVALLON : *Le peuple introuvable*, op.cit. p. 34.

²²⁷ A. de TOCQUEVILLE : *L'ancien régime et la révolution, Folio, histoire, Rééd° 1988, Ch. VIII, « Que la France était le pays où les hommes étaient devenus le plus semblables entre eux »*, p. 153

²²⁸ P. ROSENVALLON : *Le peuple introuvable*, op.cit., p. 27

²²⁹ E. SIEYES : *Qu'est-ce que le tiers état ?* Flammarion, Coll° « Champ », Rééd°. 1988

²³⁰ P. ROSENVALLON : *Le peuple introuvable*, op.cit. p. 30.

²³¹ *Ibidem*.

dont les choix sont finalement toujours conditionnés par des stratégies politiques définies par les *appareils* nationaux.

• C'est pour cette raison que depuis 1789, avant d'être un outil de désignation des représentants, les règles électorales ont pour fonction de façonner l'électeur, de modeler son identité politique²³². Si d'un point de vue juridique la citoyenneté découle indiscutablement d'abord de la nationalité, l'effectivité politique de cette citoyenneté est conditionnée par les règles relatives aux élections²³³. Concrètement, ce sont elles qui permettent d'extraire l'individu de la « *pâte sociale* » selon l'image d'Hauriou²³⁴, et de façonner le profil institutionnel qui lui donne concrètement son existence institutionnelle sur la scène politique. C'est pour cette raison que les règles électorales dessinent le visage du citoyen républicain, c'est-à-dire de celui qui vote ! Dans les faits d'ailleurs, ce modelage répond à deux logiques stratégiques. La première se met en œuvre très tôt avec le suffrage indirect et censitaire. Il s'agit de trier sociologiquement l'électeur. Ainsi, la Constitution de 1791 exclut directement un tiers des citoyens du corps électoral²³⁵, avant que la Constitution du Directoire ne renforce plus encore ce mouvement. Les électeurs du 2nd degré sont au nombre de 30000, alors qu'ils étaient 45000 en 1791²³⁶. Plus que dans aucune autre Constitution et en réaction à la terreur, en 1795, les procédures électorales se donnent pour mission de sculpter le profil idéologique de l'électeur en resserrant ses caractéristiques sociologiques²³⁷. Mais il serait faux de croire qu'il s'agit là d'une logique de désignation qui relève exclusivement du suffrage censitaire. Elle est aussi à l'œuvre sous l'empire du suffrage universel, sous d'autres formes. Délaissant des critères liés à la fortune, elle s'attache à des conditions intellectuelles. Des conditions de volonté et d'indépendance d'esprit se substituent au cens. Elles s'affirment dans les modalités établies par les décrets des 11 et 12 août 1792. Il existe ici encore des conditions pour être électeurs²³⁸. Par voie de conséquences, le suffrage universel n'est pas forcément le corollaire du régime démocratique qui se veut en proximité avec la base électorale naturelle, le peuple. Il peut aussi servir des entreprises sévères de sélection électorale. De ce point de vue d'ailleurs, les listes de confiance établies à partir de 1799 ont eu pour conséquence d'établir le filtre à l'éligibilité le plus draconien jamais connu, alors même qu'elles reposaient théoriquement sur le suffrage universel. Pratiquement en effet, les listes de confiance déterminaient un

²³² « Les élections ont par elles-mêmes, u effet structurant sur les comportements politiques transformant les citoyens en simple gouvernés » : R. CHARVIN et J.-J. SUEUR, op. cit. p. 166

²³³ C'est ce que démontre par exemple l'art. 2 C. VIII : « Tout homme né et résidant en France qui, âgé de vingt et un ans accomplis, s'est fait inscrire sur le registre civique de son arrondissement communal, et qui a demeuré depuis pendant un an sur le territoire de la République, est citoyen français ».

²³⁴ M. HAURIOU évoquait cette image à propos des droits subjectifs reconnus dans la « Constitution sociale » : in *Précis de droit constitutionnel*, op. cit. p. 622.

²³⁵ 60% des actif pour le 1^{er} degré ; 20% pour l'éligibilité. Dès août 1791 le système est revu à la souplesse : *Dictionnaire de la révolution française*, p. 61. Des chiffres revus plus strictement par M. Edelstein qui recense 15% de citoyens.

²³⁶ En application de l'art. 35 C. 1795 ; voir M. MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France*, op. cit. 120.

²³⁷ C'est bien ce que démontre la loi du 30 ventôse an V – 20 mars 1797 : rejet des émigrés, serment de haine à la royauté et à l'anarchie.

²³⁸ Si le cens est abandonné, persistent les deux condition de volontariat et d'indépendance de jugement.

triple filtre dont il résulte 6000 citoyens éligibles aux fonctions publiques nationales²³⁹.

La seconde est géographique. La citoyenneté abstraite permet de construire un espace électoral nouveau où la détermination géographique du citoyen repose sur des considérations administratives et politiques. Comme le démontre M. Ozouf, la Révolution donne naissance à un quadrillage électoral fondé sur le département qui détache le lien identitaire qui peut se créer avec le candidat. C'est ici que la tradition politico-juridique relative au découpage électoral puise sa signification dont les conséquences sont toujours à l'œuvre aujourd'hui. Le découpage des circonscriptions électorales relève de décisions gouvernementales et législatives et non d'une compétence constitutionnelle. Cette non constitutionnalisation démontre que la question de la désignation des gouvernants relève d'une prérogative de la puissance publique, plus que d'une exigence démocratique. Certes, ce découpage est conditionné par une condition concrète dont le Conseil constitutionnel se fait le gardien. Dans son contrôle de constitutionnalité, comme le fait la Cour Suprême des Etats-Unis, il souligne l'importance du principe relatif au respect bases démographiques réelles²⁴⁰. A ce titre il n'hésite pas à censurer les violations par le législateur²⁴¹. Cependant, dans ce même contrôle de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel se fait l'écho d'une conception du découpage électoral²⁴² qui répond moins de l'idée « *de la représentation du territoire que celle de la territorialisation de la représentation* »²⁴³. En appliquant par exemple le principe constitutionnel de l'égalité du suffrage dont le ressort conceptuel repose en réalité sur une conception abstraite de l'électorat, il peut rétablir une homogénéité géographique du territoire électoral répondant à des exigences d'intérêt général par nature nationales²⁴⁴.

²³⁹ Et encore les citoyens n'ont qu'un droit de présentation. Seuls les juges de paix sont élus par les électeurs directement. Plus globalement, il est possible de rappeler que Roederer fait le « la Constitution de l'an VIII le pivot de toute l'histoire politique et institutionnelle française », parce que c'est elle qui assure l'avènement de la démocratie représentative grâce à la mise en place des listes de confiance : P. ROSENVALLON : *Le peuple introuvable*, op. cit. p. 51

²⁴⁰ On soulignera que l'al. 5 du préambule du règlement du 24 janvier 1789 prenait déjà en considération cette exigence démocratique :

²⁴¹ Dans sa décision n°2008-573 DC du 08 janvier 2009, Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés, il censure ici le premier alinéa du 1° du II de l'article 2 de la loi déferée qui prévoit que les opérations de délimitation des circonscriptions législatives sont mises en œuvre sur des bases essentiellement démographiques, mais sous réserve des adaptations justifiées par des motifs d'intérêt général en fonction notamment de l'évolution respective de la population et des électeurs inscrits sur les listes électorales ".

²⁴² Le Conseil énonce ici « que cette règle, qui permet de déterminer, de manière différente selon les circonscriptions, les bases démographiques à partir desquelles sont répartis les sièges de députés, méconnaît le principe d'égalité devant le suffrage ; qu'il s'ensuit que l'habilitation donnée au Gouvernement, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, aux fins de procéder, dans les conditions précitées, à de telles adaptations pour délimiter les circonscriptions électorales doit être déclarée contraire à la Constitution : Cons. const. n° 2008-573 DC du 08 janvier 2009, Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés. Voir aussi Décision n° 2010-602 DC du 18 février 2010, Loi ratifiant l'ordonnance n° 2009-935 du 29 juillet 2009 portant répartition des sièges et délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés.

²⁴³ D. RIBES : « Représenter le territoire », in *Représentation et représentativité* (dir°. A.M. LE POURHIET, B. MATHIEU, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU), *Thèmes et commentaires* », AFDC, Dalloz, 2008, p.23. Voir aussi : M. VERPEAUX : « Territoires et Constitution ou les relations ambiguës entre la géographie et le droit », in *Hommage à F. DELPEREE, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, LGDJ, 2007, p. 1677.

²⁴⁴ Pour une présentation détaillée de la jurisprudence constitutionnelle sur ce point : B. MALIGNIER : « Contentieux des élections parlementaires », *J. Cl. Adm. Vol. 13, fasc. n° 1467*, n° 9 à 19 spéc.

2- La fonction de l'électeur dictée par le suffrage

• Si le droit électoral a vocation à tant façonner l'électeur, c'est que le vote a une fonction précise. Son but est peut être de permettre aux citoyens d'exprimer leur opinion politique, mais toujours dans le sens d'une légitimation de l'établissement, entendons du pouvoir, de l'Etat. En 1789 déjà, comme le souligne Aulard, « *on ne songe donc pas, tout en proclamant « la souveraineté du peuple », à fonder une véritable démocratie, à confier le gouvernement de la nation à ce que nous appelons aujourd'hui le suffrage universel* ». Il s'agit là, ajoute-t-il d'une « *chose alors innommée tant l'idée en était étrangère aux penseurs du XVIII^e siècle* »²⁴⁵. Mais au lendemain de la Révolution surtout, phénomène politique de bouleversement total qui a détruit les fondements de l'ordre ancien, le principe de l'élection est en réalité le siège d'une tension entre deux objectifs contradictoires. Dans un sens, il est le mécanisme qui donne vie au nouveau régime dans la mesure où il est le mode de désignation démocratique par excellence des gouvernants qui permet donc de distinguer définitivement la république de la monarchie²⁴⁶. Dans un autre sens toutefois, ce principe électif, reposant sur l'expression des volontés citoyennes, doit aussi asseoir un fondement politique stable à l'Etat. Son objet est aussi et surtout de construire un nouveau principe de légitimation par l'élection. Plus qu'un véhicule des revendications sociales ou citoyennes, il est une fabrique d'un « *processus d'homogénéisation et de consensualisation* »²⁴⁷ de la société. Dans les faits, ce deuxième objectif supplante toujours le premier. Depuis 1789, on cherche l'homme qui légitime le système. Si cette recherche se manifeste avec force dans l'électorat fonction, elle résiste aussi dans l'ère du suffrage universel et de l'électorat droit²⁴⁸, véhiculé dans le droit moderne par les principes issus du droit international. C'est pour cette raison d'ailleurs qu'à l'origine, et à la différence notable du règlement de 1789 qui tente d'en réduire la force, l'électeur est associé au propriétaire²⁴⁹. Certes, le critère de la propriété est très présent dans la détermination même de la citoyenneté active. Par exemple, le décret du 22 décembre 1789 sur le marc d'argent

²⁴⁵ Et l'auteur d'ajouter : « Je n'en vois pas un seul qui demande le droit politique pour tous, et à peu près tous se prononcent formellement contre », in *Histoire politique de la Révolution française*, op.cit. p. 25.

²⁴⁶ CONDORCET : *Discours République et Monarchie*, 1792.

²⁴⁷ R. CHARVIN et J.J. SUEUR, op. cit. p. 166

²⁴⁸ Louis Napoléon proclamera sans complexe que le suffrage universel a pour mission de dompter la révolution et d'empêcher son retour ».

²⁴⁹ Depuis la constituante, il existe une divergence sur le cens. Inspirés des thèses physiocratiques, certains optent pour le modèle du citoyen propriétaire. Même Condorcet liait la citoyenneté au « droit sur une portion du territoire ». Cette conception d'ailleurs a influencé le régime du droit électoral fixé en 1789 pour la noblesse et le clergé surtout²⁴⁹. D'autres en revanche, à l'instar de Barrère, optèrent pour le modèle capacitaire (l'industrie et les arts) : Voir ici P. GUENIFFEY : « Suffrages », in *Dictionnaire critique de la Révolution française* (Dir°. F. FURET et M. OZOUF), Flammarion, 1988, p. 616. Mais finalement la constituante opte pour la contribution forcée dès 1790 : l'accès à l'électorat est subordonné au paiement d'une contribution directe de 3 journées de travail ; 10 jours de travail pour l'électorat du 2nd degré. A ce propos, A. AULARD écrit : « Ainsi, en 1789, une théorie règne, consacrée par l'application qu'en ont faite les Américains, à savoir que les citoyens les plus aisés doivent seuls administrer l'État, jouir des droits politiques, surtout les citoyens qui possèdent une partie du sol puisque, selon le principe physiocratique la terre est productive. Les théoriciens les plus démocrates sont ceux qui veulent admettre dans cette nation tous les propriétaires (...), ou même tous ceux qui, sans être propriétaires, gagnent assez pour être vraiment, libres. Mais le pauvre est exclu par tous de la classe des citoyens véritablement actifs, est exclu de la cité politique : in *Histoire politique de la Révolution française* .

à 53 livres, associe cette condition financière à une condition foncière, une « propriété foncière quelconque ». De même, la condition *propriétiste* est remise au cœur de la définition de la citoyenneté sous le directoire pour les électeurs du 2nd degré du moins. En ce sens l'article 376 de la Constitution de 1795 énonce que les citoyens doivent se rappeler sans cesse que c'est la sagesse des choix dans les assemblées primaires et électorales, que dépendent principalement la durée, la conservation et la prospérité de la République²⁵⁰. Mais il s'agit là d'un critère tellement fort qu'il résista déjà dans le projet constitutionnel girondin de 1793, alors même qu'il assurait une plus forte consécration du peuple que ne le fait la Constitution montagnarde elle-même. Il se manifeste encore clairement, pour d'autres raisons il est vrai, avec l'entrée en vigueur de la « loi du double vote »²⁵¹. En tout état de cause, la valorisation de ce profil sociologique ne constitue en rien une exception française. Le critère de la propriété est aussi invoqué aux Etats Unis, « *pays de la démocratie* ». En 1796, sept des seize Etats alors dans l'Union ne posaient aucunes conditions de propriété pour les élections des chambres inférieures. En 1787, « *The Northwest Ordinance* » impose même que pour être électeur dans les nouveaux Etats, il était nécessaire d'être propriétaire de 25 hectares²⁵². En 1799 encore, seuls deux Etats avaient abandonné toutes conditions de propriété relatives au suffrage : le Kentucky et le Vermont²⁵³. A l'instar d'Aulard d'ailleurs, plusieurs historiens, tels Mathiez et Godechot, ont critiqué cette conception du suffrage, qui sous prétexte de suffrage universel et de démocratie, pose en réalité les fondements d'un régime oligarchique ou monarchique²⁵⁴.

- En dépit de cette approche négative, les techniques électorales véhiculaient une dynamique « *vertueuse* » pour la démocratie qui se manifeste d'ailleurs déjà sous l'empire du suffrage censitaire²⁵⁵. En premier lieu, le cens aurait une vertu

²⁵⁰ Sous le directoire, les élections doivent être un frein politique, relayé par la force au besoin. C'est ce que démontre les élections du 18 fructidor an V, du 22 floréal an VI, 30 prairial an VII et le coup d'Etat du 18 brumaire. Sous l'Empire encore, cette logique est à l'œuvre.

²⁵¹ La loi du 12 juillet 1820 « dite du double vote » qui remplace la loi électorale de 1817 démontre combien les techniques électorales sont mises au service d'enjeux partisans. Le but de cette loi était de renvoyer au pouvoir, les grands propriétaires terriens, ennemis de la Révolution en faisant voter deux fois les citoyens « les plus imposés » : une première fois au collège électoral d'arrondissement avec tous les électeurs à 300 francs pour le vote de 258 députés ; une seconde fois au collège électoral du département en vue d'élire 172 députés.

²⁵² En réalité ce texte sera abandonné car il était beaucoup trop restrictif.

²⁵³ Dix Etats avaient encore des conditions de propriété et quatre un suffrage censitaire : M. EDELSTEIN : « *Les révolutions américaine et française et l'avancement de la démocratie* », précité.

²⁵⁴ A. AULARD : « Il semble donc qu'il y ait deux Frances, celle des lettrés et celle des illettrés, ou plutôt, comme on va le voir, celle des riches et celle des pauvres. L'une est pleine de pitié pour l'autre : elle lui fait la charité avec une sensibilité qui s'amuse à des scènes rustiques, et elle s'émue réellement aussi des injustices sociales : mais c'est une pitié parfois dédaigneuse, et qui ne tend pas à faire de ces paysans de véritables égaux. La nation, c'est la France lettrée ou riche : l'opinion, c'est celle de la France lettrée ou riche. Ces deux Frances s'ignorent presque, ne se pénètrent pas l'une l'autre : on dirait qu'un fossé les sépare. On ne songe donc pas, tout en proclamant « la souveraineté du peuple », à fonder une véritable démocratie, à confier le gouvernement de la nation à ce que nous appelons aujourd'hui le *suffrage universel*, chose alors inconnue, tant l'idée en était étrangère aux penseurs du XVIII^e siècle. Je n'en vois pas un seul qui demande le droit politique pour tous, et à peu près tous se prononcent formellement contre » : in *Histoire politique de la révolution française*, p. 25. Dans le prolongement de cette analyse, il existe dans le régime démocratique contemporain des persistance de cette conception. Elle s'est manifestée vis-à-vis des femmes, puisque ce n'est qu'avec l'ordonnance du 21 avril 1944 que le vote féminin a été consacré, mais aussi aujourd'hui vis-à-vis des étrangers..

²⁵⁵ A. AULARD : *Histoire politique de la Révolution française*, op. cit. p. 28.

philosophique. Dans une société en rupture politique et sans culture du compromis, non rompue de surcroît à la technique électorale et au principe de l'alternance, le suffrage universel eut été une voie pour la démagogie, menant au règne non de la démocratie, mais du clientélisme et des manipulateurs. Or le cens protégerait de telles dérives. Il favoriserait à l'inverse le progressisme et l'esprit de réforme des élites, contre la surenchère populiste ou la tendance conservatrice de la société. Ainsi, aux premières heures de la République, le cens permettrait de créer un lien politique pondéré, rationnel et constructif entre électeurs et candidats. Il profiterait ainsi au développement du sentiment démocratique en empêchant la désastreuse collusion des plus riches et des plus pauvres, de ceux qui n'ont aucun intérêt avec ceux dont l'intérêt privé domine toute considération.

Mais en second lieu, il aurait encore une vertu pleinement politique. A l'instar de Condorcet, l'opinion dominante est que le cens permettrait d'augmenter le nombre de citoyens, d'affaiblir celui de « *la populace* » tout en écartant « *les vandales* », comme on dit en 1795. Ainsi, le cens organiserait la vraie participation en s'appuyant sur un volontariat appelé à s'élargir. L'historiographie électorale démontre d'ailleurs que le suffrage censitaire à deux degrés n'était pas forcément un vecteur de ségrégation électorale. Dans certains départements, comme les Landes par exemple en 1789-1790, près de 70 % de la population est citoyens actifs et près de 75% possédaient les conditions pour être éligibles²⁵⁶. Ainsi, proportionnellement, il y a toujours eu quantitativement un nombre relativement constant d'électeurs et ce par delà les modifications relatives au régime du suffrage. Il n'existerait donc pas de différence de nature entre le citoyen actif et le citoyen du suffrage universel, comme le démontre d'ailleurs réciproquement la logique électorale de 1792 pourtant sous-tendue par une conception dite démocratique²⁵⁷. De fait, le régime bonapartiste démontrera aussi que le cens peut fort bien s'accommoder de la logique du suffrage universel, comme le démontre l'idée d'instaurer un « *cens culturel* » en l'an XII.

Les règles électorales ont donc pour mission de construire, l'électorat, c'est-à-dire la « *demande* » électorale. L'acte visant à élire un candidat par le citoyen ne relève pas d'une démarche personnelle. Il s'agit d'une démarche construite par le droit qui façonne jusqu'à la personne même de l'électeur. Ce modelage juridique affecte également le citoyen qui constitue « *l'offre* » électorale, à savoir le candidat.

B- Un candidat sélectionné

Le candidat lui aussi répond d'un processus de sélection précis. Avant de se présenter devant l'électeur il doit savoir incarner la chose publique (1), donnant ainsi naissance aux caractères du candidat imaginaire (2).

1- Le candidat de la chose publique

- La société politique de la Révolution est pétrie par l'esprit philosophique du 18^{ème} siècle inspirée par une élite dont les opinions reposent sur la foi en la raison. Le sujet qui est au cœur de tous les enjeux philosophiques et politiques, culturels et

²⁵⁶ M. EDELSTEIN: « Participation et sociologie électorales dans les landes en 1790 », in *Annales historiques de la révolution française*, 1999, n°316 : site : <http://www.percee.fr>.

²⁵⁷ M. MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France*, op. cit. p. 87

artistiques, c'est la liberté. C'est elle qui cristallise en politique le goût que cette élite éprouvait pour « *les théories générales et abstraites en matière de gouvernement et à s'y confier aveuglément* »²⁵⁸. La République, c'est la « *cité idéale* », et la cité idéale est celle qui assure le règne de la liberté. Le mot de « République » dérive d'ailleurs tout au long du 18^{ème} siècle. Qualifiant d'abord une forme de gouvernement, il détermine ensuite à un type de régime dont la concrétisation juridique s'exprime dans le « *mystère de la loi, expression de la volonté générale* » conçue comme « *un vecteur de l'unanimité comme l'amour est vecteur de Dieu* ». Cette conception possède des avantages dans la mesure où elle assure la figuration collective du vivre ensemble. Mais peut aussi faire l'objet de faiblesse. Elle soustrait les enjeux politiques de la dimension concrète pourrait naturellement se construire la relation politique entre électeur et candidat, pour la hisser comme le soulignait avec un cynisme partisan Cochin, dans le « *mode des nuées* », mais, non pas la vraie, la belle, celle d'Aristophane, mais la prétentieuse et artificielle, celles des *philosophes*.

Cette conception très philosophique des finalités du politique modélise l'identité politique du citoyen qui se transforme en candidat. Celui-ci brigue la confiance de l'ensemble de la société car l'élu parle au nom de la nation et porte les idéaux de la nation. Dans ce contexte, le débat politique se déracine des réalités et se loge dans « *un système fictif de transparence* » où les hommes, candidats et électeurs, représentants et représentés, se détachent concrètement les uns des autres pour être reliés dans l'imaginaire républicain par la seule abstraction nationale. Le droit électoral a toujours été conditionné par cette logique. Il produit des règles relatives aux procédures électorales visant à lutter contre « *crainte des députés de clocher* » partagée au 19^{ème} siècle par tous les courants politiques, des socialistes aux légitimistes. Concrètement, c'est pour cette raison qu'en 1817, par exemple, l'accent est mis sur le principe des élections au scrutin départemental de liste avec élection au chef lieu de département. C'est encore elle qui commande toute la réflexion au 19^{ème} siècle entre le scrutin de liste et le scrutin d'arrondissement. L'impact de cet objectif a une résonance forte sur le débat. C'est pour cette raison en effet que les programmes électoraux sont toujours construits et s'inspirent toujours de la défense des valeurs républicaines portés par l'ensemble des candidats quelles que soient les élections politiques, d'ailleurs, locale, nationales, ou encore européennes²⁵⁹.

- Dans ce contexte, le suffrage est une machine de légitimation, visant à plébisciter un personnel politique possédant deux grandes caractéristiques. Il s'agit d'abord d'un personnel politique compétent dans les affaires collectives. A l'instar de ce considérait Sieyès, les élus doivent représenter l'intérêt commun et non les intérêts privés²⁶⁰. Ils doivent donc être choisis de sorte à former une assemblée de représentants composée d'hommes d'élite, choisis parmi ceux qui ont le mieux mérité de la nation²⁶¹. C'est pour cette raison que très vite se développe une culture de la compétence politique que l'on retrouve aujourd'hui encore dans le discours politique contemporain. J. Chirac, alors président de la République avait coutume de dire « *que la politique c'est un métier !* ». Dans le même sens, Ségolène Royal dira

²⁵⁸ A. de TOCQUEVILLE : *L'ancien régime et la révolution*, op. cit. p. 232

²⁵⁹ Actuellement d'ailleurs, le programme présenté par le parti socialiste pour la campagne électorale en vue de l'élection présidentielle de 2012 se présente comme un projet visant à « *rassembler les français et retrouver la promesse républicaine* ».

²⁶⁰ M. MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France*, op. cit. p. 34

²⁶¹ P. ROSENVALLON : *Le peuple introuvable*, op.cit. p. 46

de manière cynique, à propos de la candidature de N. Hulot : « *c'est une chose de porter une émission de télévision, autre chose de porter un pays* ». Mais dès la Révolution, les candidats constituent des personnels sélectionnés. D'abord et avant qu'aujourd'hui ce ne soient les techniciens de l'Etat, ce sont les juristes qui occupent cette fonction politique. Ce sont eux qui font la campagne de 1789²⁶². Comme le dit Cochin, en 1789, « *le nerf est dans la robe !* »²⁶³. En retour, on trouverait peu de médecins qui s'engagent dans la politique aux premiers temps de la Révolution²⁶⁴. Ce personnel compétent a pour mission de susciter la confiance de la population. Comme le dit Guizot, le mérite et la confiance sont propre à générer « *l'électricité morale* » qui lie l'électeur et l'élu²⁶⁵. Il s'agit là d'une idée très forte toujours encensée sous la 3^{ème} République. L'élection retrouve son caractère originel d'*electio*, et ce, en totale opposition avec les pratiques de l'Ancien régime fondée sur l'origine et la distinction sociale.

Si cette conception a ses vertus évidentes, la sélection selon le « *mérite et la confiance* »²⁶⁶ génère aussi une continuité au sein de la classe politique dite des gouvernants. A la suite du renouvellement complet de l'assemblée législative de 1790, la législation électorale est clairement dirigée vers le souci de dégager une permanence dans les personnels politiques. Il s'agit d'une tendance qui s'affirme clairement du Directoire jusqu'au Consulat²⁶⁷. A l'inverse des apparences d'ailleurs, ce souci n'est pas l'apanage là encore du suffrage censitaire. La logique mise en œuvre par le suffrage universel poursuit en réalité ce même objectif. Dès 1792, ce réflexe sociologique apparaît. Il est généré par le travail de sélection des Clubs, notamment le Club des jacobins qui fournit l'ensemble du personnel politique révolutionnaire dans les premiers temps de la Révolution. Or une telle pratique engendre logiquement deux types de dérives. La première est naturellement d'ordre sociologique. Elle révèle un « *embourgeoisement* » de la classe politique et une dérive « *oligarchique* »²⁶⁸ de la représentation qui s'affirme en réalité très tôt, à partir du Directoire²⁶⁹. Elle se confirmera logiquement sous l'Empire, soigneusement entretenu par Napoléon Bonaparte lui-même, où le Sénat surtout est recruté par cooptation²⁷⁰. Mais ce trait de caractère sociologique s'exprime encore clairement dans la cadre des institutions contemporaines. De manière étonnante d'ailleurs, plus que les citoyens eux-mêmes, ce sont les représentants politiques qui mettent l'accent

²⁶² MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France*, op. cit. p. 41 et 88.

²⁶³ « ... et les corps qui en dépendent, et les meneurs parmi les gens de loi, presque toujours en nombre et toujours au premier plan » : *Les sociétés de pensées...*, op. cit. p. 85

²⁶⁴ M. PRINCETON: "Participation et sociologie électorales dans les Landes en 1790", Patterson College of New Jersey, in *Annales historiques de la Révolution française*, 1999, n°2, site <http://www.persee.fr>

²⁶⁵ P. ROSENVALLON : *Le peuple introuvable*, op. cit. p. 48

²⁶⁶ P. ROSENVALLON: *ibid.* p. 47

²⁶⁷ Cette tendance se manifeste bien sur avec le décret des 2/3 sous le directoire. Ayant vocation à assurer une certaine continuité politique, ce texte est l'expression même d'une méfiance des représentants vis-à-vis des citoyens électeurs.

²⁶⁸ R. CHARVIN et J.J. SUEUR, op. cit. p. 166

²⁶⁹ Cette logique se manifeste dès 1793. Déjà théoriquement, le peuple perd du pouvoir dans la Constitution montagnarde par rapport à la Constitution girondine. Il perd l'élection directe des membres du Conseil exécutif, la désignation du jury national destiné à mettre en œuvre la responsabilité ministérielle, et surtout l'initiative législative. Quant au veto populaire, il est si vague est si difficile à mettre en œuvre qu'il laisse perplexe dans sa mise en œuvre » : M. MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France*, op. cit. p. 99.

²⁷⁰ T. LENTZ : *Le grand consulat, 1799-1804*, Fayard, 1999, p. 124-129

sur cette spécificité. Lors des campagnes électorales, ce sont eux qui ironisent cyniquement sur ce type d'arguments pour se discréditer les uns les autres. Ainsi, en 2011, on a pu voir les représentants du parti socialiste ironiser sur « *la dissidence* » de J.-L. Borloo et sa volonté d'inventer un nouveau chemin politique vis-à-vis du président de la République Nicolas Sarkozy, après avoir été membre des gouvernements Fillon et membre de l'UMP, afin de se repositionner au centre de l'échiquier politique dans la perspective des élections présidentielles de 2012. De même toutefois, il est de coutume de voir les hommes politiques ironiser sur le slogan du changement invoqué dans les programmes et les discours politiques de leurs adversaires. Mais la seconde dérive plus gênante pour la démocratie, est d'ordre juridique et institutionnel. Cette pratique de recrutement peut heurter la bonne mise en œuvre de la séparation des pouvoirs. Pour Montesquieu, ce haut principe constituait une recette institutionnelle qui reflétait une réalité sociologique. Il nécessitait la reconnaissance de différents organes politiques légitimés les uns par rapport aux autres par la représentation de différentes forces sociales²⁷¹. Or la diversité sociale a toujours été combattue dans le système républicain par la volonté de générer un corps de représentants homogène et uniforme pour l'ensemble de la nation. La logique représentative est en contradiction avec le principe de la diversité sociologique qui commande l'effectivité de la séparation des pouvoirs selon Montesquieu. Dès le Directoire, au moment de la naissance du bicaméralisme, il existe une tendance forte d'assimilation des représentants à un même profil sociologique et politique. Ce constat est confirmé dans la pratique institutionnelle contemporaine. Quelles que soient les chambres, et les différences de recrutement électoral, ce sont les mêmes personnels qui se retrouvent en réalité, soumis aux lois de la sélection et du recrutement des mêmes partis politiques. Dans les différents organes représentatifs siègent les membres des mêmes partis politiques. Par là même, l'instauration d'organes constitutionnels ayant la qualité de contre pouvoirs parce qu'ils détiendraient une vraie « *faculté d'empêcher* » s'en trouve fragilisée.

2- Le « candidat imaginaire »

- Signe de « *la fin de la guerre des classes* » comme le souligne Tocqueville, dans le système représentatif, le représentant n'a vocation à représenter officiellement ni ses électeurs bien sûr en raison de la proscription du mandat impératif, ni un groupe social identifié par une quelconque référence à un attachement social ou territorial par exemple. Il représente la fraction d'un tout, la volonté générale, conçue comme une déclinaison de la souveraineté nationale, par nature indivisible. Le régime représentatif repose donc sur l'articulation de deux principes contradictoires qui confère à la représentation un caractère forcément ambigu. D'une part, être candidat implique un principe d'identification vis-à-vis des électeurs puisque l'un est naturellement sensé représenter les autres qui se reconnaissent en lui. Ce principe d'identification est important car c'est bien sur lui que repose la légitimité du pouvoir en démocratie. Mais dans le même temps, ce principe de légitimation posé, la représentation implique naturellement un détachement du représentant, une distinction du candidat qui a vocation à devenir un

²⁷¹ MONTESQUIEU : *De l'esprit des lois*, Ch. 6, L. XI ; voir aussi S. ROLAND : « Les figures organiques de la légitimité dans la doctrine constitutionnelle de Montesquieu », *RFHIP*, n° 1-2009, p. 14.

des membres voulant pour l'ensemble du corps social²⁷². Dans ce système, « *élection et représentation se trouvent dissociés* ». *L'expression de la volonté générale ne se confond pas avec la procédure électorale* »²⁷³. Par voie de conséquence, le candidat n'a pas vocation à représenter les aspirations d'une partie de la population, et plus précisément de ceux qui l'élisent²⁷⁴. Dans un système qui fait de l'élection non le véhicule d'une volonté populaire, mais la simple technique de désignation des candidats qui auront compétence pour exprimer la volonté politique de la nation au sein d'organes représentatifs, le processus de sélection et de désignation des candidats ne se fait pas sur les idées, mais sur les qualités personnelles des hommes²⁷⁵.

Dès la révolution, ce principe a donné naissance à ce que Malcolm Crook nomme « *le candidat imaginaire* » pour souligner la contradiction politique qui habite le candidat²⁷⁶. Par cette définition, l'auteur dresse le profil du candidat type créé par le régime républicain. Porteur des valeurs secrétées par l'imaginaire républicain, le bon candidat est celui « *qui transcende les intérêts particuliers et incarne les qualités idéales, reflète donc une répugnance envers les partis politiques, les programmes opposés, et la concurrence personnelle comme élément essentiel de l'offre et du choix électoraux* »²⁷⁷. Le candidat doit susciter la conviction qu'une fois élu il saura représenter la collectivité et « *non une faction* ». Par voie de conséquence, « *la vraie candidature n'a besoin ni de programme, ni de publicité, elle réside plutôt dans le caractère et la réputation* »²⁷⁸. Plus que sur des questions politiciennes, elle doit être axée sur les qualités individuelles du candidat à représenter la nation et à défendre ses valeurs. Ce sont elles que le candidat doit avancer pour démontrer qu'il est capable de participer « *la formation de l'intérêt général qui naît de la confrontation des idées et des volontés de chacun* »²⁷⁹. Cette théorie du « *candidat imaginaire* » met en lumière le caractère naturellement dual du candidat qui doit dans un premier temps s'affirmer dans un camp politique, avant de s'en détacher pour incarner dans un second temps, non plus des objectifs partisans, mais la défense des valeurs républicaines auxquelles sont attachés tous les citoyens. Si cette démarche est bien sur évidente dans le processus relatif aux élections présidentielles en France surtout,

²⁷² Cette ambiguïté du lien entre identification / distinction a été mis en lumière par P. ROSENVALLON. Dans le même sens, S. RIALS souligne que le pouvoir démocratique repose sur un principe d' « affirmation-dépossession » qui met en lumière cette problématique inhérente à la construction même du pouvoir démocratique : « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation (La représentation: continuité ou nécessité ?) ». in « *La continuité constitutionnelle française de 1789 à 1989* ». Economica. 1990, p. 55.

²⁷³ P. ROSENVALLON : *Le peuple introuvable*, op.cit, p. 44.

²⁷⁴ Comme le rappelle B. CHANTEBOUT : « Notre conception de la souveraineté nationale et du mandat représentatif impose au législateur de ne rechercher qu'en lui-même l'intérêt de la nation, lequel est par essence tout à fait différent des intérêts particuliers », in *Droit constitutionnel*, Sirey « Université », 28^{ème} édition, 2011, p. 311

²⁷⁵ M. MORABITO : « En l'absence de programme politique, d'affiliation partisane, les électeurs votent d'abord pour des individus. Les idées ne sont prises en compte qu'au deuxième plan, dans la mesure où les candidats sont tenus de s'aligner sur des valeurs de références » : *Histoire constitutionnelle de la France*, op. cit. p. 72.

²⁷⁶ M. COOK : « Le candidat imaginaire ou l'offre et le choix dans les élections de la Révolution française », in *Annales historiques de la Révolution française*, juil. Sept. 2000, site <http://ahrf.revues.org>

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ Ibid.

il se manifeste toujours, certes de façon décroissante à mesure que les élections revêtent un caractère de moins en moins national²⁸⁰.

- Cette construction intellectuelle du représentant a largement influencé les habitudes électorales des candidats aux élections. De manière classique, le candidat manifeste un certain rejet vis-à-vis des liens d'allégeance et des attaches partisans. Dans la mythologie du représentant idéal dressé dans cet imaginaire, le candidat reflète une répugnance envers les partis politiques et les programmes opposés. Considérer comme dangereux lorsque la Révolution est terminée, les partis politiques sont encore vus comme un danger pour la souveraineté qui n'autorise aucun intermédiaire entre les citoyens et l'assemblée représentative. A titre d'exemple, le Préambule du décret des 29 et 30 sept. 1791 démontrent que les partis politiques sont étrangers à la conception du politique mise en œuvre par la Constituante²⁸¹. Cette suspicion explique pourquoi il n'y a jamais eu de vraie reconnaissance des partis politiques dans la tradition républicaine et pourquoi, aujourd'hui encore, il n'existe pas de définition constitutionnelle du parti politique en dépit de sa très théorique consécration dans l'article 4 de la Constitution de 1958, nonobstant sa révision en 2008. C'est bien ce que démontre la législation relative aux partis politiques d'abord, mais aussi la jurisprudentielle du Conseil constitutionnel ensuite²⁸².

C'est encore ce mythe du candidat imaginaire qui justifie l'absence de candidature dont l'origine émane de la pratique de la candidature officieuse, issue elle-même de l'ancien régime et héritée de la Grande Bretagne. Certes, cette coutume possède l'avantage d'être conforme au principe de liberté qui implique naturellement le principe du pluralisme de l'offre politique. Mais elle possède aussi un inconvénient. Elle favorise l'intrigue qui entoure les candidatures. C'est d'ailleurs pour lutter contre cette dérive que la déclaration de candidature est officialisée sous le Directoire par la

²⁸⁰ F. SAWICKI met bien en lumière la stratégie de recrutement des candidats par les partis. Il souligne que ce sont bien les partis qui décident du candidat. Cette décision repose essentiellement sur le candidat qui aura su développer son réseau et à défendre les valeurs nationales, et fait par la même la preuve de ses qualités personnelles : « La marge de manœuvre des candidats par rapport aux partis dans les campagnes électorales », *Revue Pouvoirs*, n° 63, « Les campagnes électorales », 1992, p. 7. De la même manière, F. PATRIAT précise bien qu'en matière d'investiture, c'est « le parti qui décide », in « Investiture : quels procédés ? », *Revue Pouvoirs*, n° 63, « Les campagnes électorales », 1992, p. 23

²⁸¹ A. VIALA souligne en ce sens qu'il existe en France « une tradition d'hostilité à l'égard des partis politiques », in *Représentation et représentativité*, *op. cit.* p. 55.

²⁸² Les droits des partis sont aujourd'hui ceux des associations ordinaires qui ne peuvent être soumises à un contrôle préalable selon la décision fondatrice du 16 juillet 1971. D'après le droit positif, les partis sont des associations dont la reconnaissance juridique n'a d'effets que par leur soumission à la législation relative au financement des partis. La loi du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique dispose dans son article 7 que la personnalité morale et le droit d'ester en justice sont reconnus aux partis politiques en tant que tels. Une association est un parti au sens de l'art. 58-8 du code électoral que si elle relève des a. 8, 9, et 9-1 de la loi de 1988 (aide budgétaire), ou si elle est soumise aux a. 11 à 11-7 de cette même loi. Quant aux modalités de financement, l'article L. 52-5 al. 1^{er} du code électoral dispose : « L'association de financement électorale doit être déclarée selon les modalités prévues par l'article 5 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association. La déclaration doit être accompagnée de l'accord écrit du candidat. Le candidat ne peut être membre de l'association de financement qui le soutient ; dans le cas d'un scrutin de liste, aucun membre de la liste ne peut être membre de l'association de financement qui soutient le candidat tête de la liste sur laquelle il figure. L'expert-comptable chargé de la présentation du compte de campagne ne peut exercer les fonctions de président ou de trésorier de cette association ».

loi du 25 fructidor an III (11 sept. 1795) après avoir été inaugurée par la Convention nationale et la Constitution montagnarde de 1793. Elle est alors vue comme « *une manière franche de s'offrir à la confiance est la plus digne d'un républicain et tous les rapports elle est préférable aux brigues secrètes et aux manœuvres obscures de l'ambition intrigante* »²⁸³. Malgré cela, le principe des élections libres ne cessera de ressurgir. Il est réaffirmé en 1815 en s'appuyant sur l'argument qu'en démocratie, les électeurs élisent officiellement qui il leur plaît, et c'est en 1848 surtout que le principe de la limitation de l'offre électorale est bannie. Or, derrière ce souci de liberté, de pluralisme et de transparence, une ambiguïté ne cessera jamais de planer. L'offre est toujours conditionnée par des ressorts stratégiques et idéologiques, qui en réduisent en réalité le caractère pluraliste. A titre d'exemple sous le 2nd Empire, un serment d'adhésion au régime sera exigé, avant que l'affaire Boulanger n'engendre la pérennisation de l'inscription de candidatures en 1889, afin d'éviter qu'une personne puisse être élue dans plusieurs circonscription²⁸⁴. En dépit du formalisme électoral qui entoure progressivement l'acte de candidature, ce mythe a façonné certaines mœurs politiques autour d'elle. La candidature est d'abord un « *acte personnel* »²⁸⁵ que le candidat entoure volontiers « *de mystère et de supputation afin d'attiser le suspens, de créer le désir* ». Déjà Lafayette et Dupont de Nemours, hommes de 1790, niaient tous les deux être candidats aux élections législatives de 1827, tout en n'omettant pas de rappeler à qui voulait bien l'entendre que s'ils étaient élus, « *ils accepteraient avec honneur* ». Aujourd'hui, la candidature à l'élection présidentielle répond très exactement du même ressort. Lié à aucune faction, le représentant est celui qui se décide en son âme et conscience au terme d'une introspection où il pèse les enjeux et mesure sa capacité à endosser les aspirations de l'ensemble de la nation²⁸⁶. Enfin, c'est encore cette figure du candidat imaginaire qui explique la pratique des « *parachutages électoraux* ». Depuis la révolution, ce phénomène est mis en lumière. Certes en pratique, sa réussite nécessite des conditions précises sur le plan local²⁸⁷. Mais d'une manière générale, le principe a toujours été accepté. Loin de s'en émouvoir le peuple s'en réjouit plutôt, se délectant du parachutage des « *vedettes* » dans leurs circonscription, tels Talleyrand en Côte d'Or, Barras dans le Lot et Garonne ou encore des militaires tels Bonaparte²⁸⁸...

²⁸³ Instruction du 23 fév. 1797, Cité par M. CROOK, in « Le candidat imaginaire », *op. cit.* n°26.

²⁸⁴ F. MELIN-SOUCRAMANIEN : « Devenir candidat : quels filtres ? », *Revue Pouvoirs*, n° 138, « La candidature à la présidentielle », 2011, p.22

²⁸⁵ W. MASTOR : « Les droits du candidat à l'élection présidentielle », *Revue Pouvoirs*, n° 138, « La candidature à la présidentielle », 2011, p. 34.

²⁸⁶ Les présidents de la République sortant retardent toujours le moment de leur déclaration de candidature à une éventuelle réélection afin de susciter l'attente et l'enthousiasme des électeurs.

²⁸⁷ A titre d'exemple, il est préférable que la circonscription soit tenue par le parti adverse et que l'arrivée du parachuté soit préparée par les instances locales, ce qui signifie qu'il ne faut pas qu'un élu local traditionnel brigue le même siège, et qu'il y ait ainsi une résistance des notables: F. SAWICKI : « La marge de manœuvre des candidats par rapport aux partis dans les campagnes électorales », *op. cit.* p. 9-10

²⁸⁸ M. CROOK : « Il faut aussi remarquer l'inscription des "gandes vedettes" de réputation nationale, car on peut choisir des députés hors du département : le directeur Barras dans le Lot-et-Garonne et le ministre Talleyrand en Côte-d'Or ; Bonaparte et plusieurs autres militaires (y compris Pichegru, nommé en même temps dans le Cantal, la Loire-Inférieure, le Bas-Rhin et la Seine-et-Oise) ; Bougainville, "célèbre voyageur", Bernardin de Saint-Pierre, "auteur des études de la nature", ainsi que La Harpe et Bonneville, "hommes de lettres", dans la Loire-Inférieure ; et en Haute-Vienne on retrouve le nom de Pierre-Antoine Antonelle, ex-marquis traduit "en jugement devant la Haute Cour de Justice séante à Vendôme" pour sa participation à la conspiration de Babeuf ! » : in « Le candidat imaginaire... », *op. cit.* n° 36.

2- La résistance : une relation électorale conflictuelle

Si le droit tend à épurer la relation politique qui se crée entre le candidat et l'électeur, cette dernière reste néanmoins toujours marquée par la nature conflictuelle du phénomène politique. Exacerbé dans les phases de conquêtes du pouvoir, ce caractère s'exprime avec force durant les campagnes électorales puisqu'elles sont le moment où le candidat dévoile l'enjeu partisan de son engagement (A). Or si cet engagement est nécessaire pour l'électeur afin qu'il puisse faire son choix, il nourrit toutefois chez ce dernier plusieurs sentiments qui tous sont influencés par la distance générée par le régime représentatif (B).

A- Un candidat partisan

Inéluctablement, pour différentes raisons institutionnelles et intellectuelles, le candidat fait l'objet d'une attraction partisane (1) qui engendre son enrôlement dans une logique conflictuelle (2).

1- L'attraction partisane

- La première raison qui explique l'attraction partisane est d'ordre institutionnel. Dans le régime représentatif, le candidat a vocation à représenter l'ensemble de la nation et à défendre les valeurs démocratiques qui transcendent les clivages politiques. Une telle caractéristique devrait avoir pour conséquence de justement lutter contre l'attraction partisane. Or, c'est en réalité la conséquence inverse qui se manifeste. En premier lieu, et de manière apparemment paradoxale comme on l'a déjà souligné plus haut, ce profil électoral a pour conséquence de favoriser les hommes sur les idées. Certes, le candidat politique a vocation à défendre des valeurs et des principes qui transcendent les clivages. Mais concrètement, dans le prolongement de la culture des salons philosophiques qui furent au 18^{ème} siècle des lieux de formation des idées, ce sont les appareils partisans qui éduquent les candidats dans la mesure où ils sont depuis la révolution le principal laboratoire de formation des idées dans le champ politique. De ce point de vue, la culture des clubs est un trait révolutionnaire qui constitue la prémisse de la construction de la représentation partisane²⁸⁹. En leur sein, l'enjeu est donc de sélectionner le candidat en fonction de sa personnalité et de sa capacité à défendre les valeurs républicaine sous le prisme du parti qu'il représente. En fin de compte, le « candidat partisan » est le revers du « candidat imaginaire ». En second lieu, dans un régime de nature représentative, où la relation électorale a vocation à relier un électeur fonction et un candidat porteur des aspirations de la nation dans son ensemble, les structures partisans constituent matériellement le seul relais concret

²⁸⁹ Le club des jacobins (société des amis de la Constitution, siégeant aux jacobins) est fondé à Paris par Barnave, Lameth et Duport. Il sera le foyer de l'ardeur révolutionnaire, le triumvirat sera la trinité jacobine. Mirabeau et La Fayette surtout, jaloux de sa puissance politique, fonderont « *La société de 1789* », (il s'agit là d'un salon plus que d'un vrai club). De leur côté, les modérés fonderont la « *Société des amis de la Constitution monarchique* » en novembre 1790. A côté de ces trois grands clubs, existent aussi des clubs de quartier : « *la société des amis des Droits de l'homme et du citoyen* », par exemple, c'est-à-dire plus communément le club des cordeliers dont le caractère majeur sera de préparer le personnel politique à venir, et surtout de la terreur. Danton apparaît ici dès 1790 comme le grand homme des cordeliers. Pour une analyse de l'émergence et du rôle des clubs, voir ici : P. GUENIFFEY et R. HALEVY : « Clubs et sociétés populaires », in *Dictionnaire de la Révolution française*, Flammarion, 1988, p. 492 et s.

entre ces acteurs finalement fictifs les uns pour les autres. Ce sont eux qui comblent la distance qui se crée entre le peuple et ses représentants dans la mesure où les affaires politiques deviennent le phénomène d'une société détachée des intérêts de la société.

Concrètement, plus que le peuple, ce sont donc les structures politiques qui répondent à la question de savoir qui est digne d'être représentant de la nation. Ainsi, elles constituent la fabrique de l'homme politique nouveau. De plus, étant à l'origine une fonction, l'élection n'invite pas aux débats politiques de fond, mais à des considérations d'ordre technique et stratégique. De la sorte, très tôt, la désignation des candidats, les programmes, le contenu des questions échappent à la quasi totalité des électeurs, de sorte que la préparation des élections est un phénomène révélant des enjeux partisans²⁹⁰. De ce point de vue, très tôt, le club des Jacobins par exemple ne fait aucun mystère de cette fonction²⁹¹. Il se veut largement influent dans le choix des hommes susceptibles de faire parti de la représentation nationale²⁹². Ainsi, cette logique nourrit une culture politique nouvelle, celle des parrainages et des admissions, qui se perpétue dans la tradition française jusqu'à nos jours²⁹³. Comme le souligne F. Patriat, faisant part de son expérience, « *la désignation ne s'obtient pas en capital de popularité auprès des électeurs et des militants mais en terme d'influence dans le parti* »²⁹⁴. Cette tendance nouvelle modifie aussi les relations existantes entre le politique et la presse²⁹⁵, qui s'en fait désormais l'écho de manière positive mais aussi une logique négative²⁹⁶. La presse cesse d'être un instrument essentiellement vu comme un véhicule des opinions philosophiques pour devenir un instrument de propagande politique. Elle se révèle être un vecteur désormais essentiel dans la façon dont les idées relatives à la chose publique sont véhiculées dans la société démocratique moderne²⁹⁷. Concrètement donc, l'« offre » politique est en réalité conditionnée par des ressorts stratégiques et idéologiques qui progressivement réduisent en réalité le caractère pluraliste de la représentation politique. Cette tendance atteint d'ailleurs un paroxysme sous le 2nd Empire où les candidats doivent prêter un serment d'adhésion au régime. Sous la 3^{ème} République encore, les députés sont entravés par un mécanisme de suffrage indirect. Il se concrétise par des négociations tortueuses qui altèrent nécessairement la qualité du lien démocratique que le candidat peut entretenir avec l'électeur.

²⁹⁰ P. GUENIFFEY : « Elections », in F. FURET et M. OZOUF : *Dictionnaire de la Révolution française*, Flammarion, 1988, p. 64 et s. et spéc. p. 69.

²⁹¹ Quoique les candidatures n'eussent pas d'existence légale, les élus bénéficièrent souvent de l'appui de groupes plus ou moins formels. Le réseau du Club des jacobins semble avoir joué sur ce point un rôle déterminant. Avant les opérations électorales, les candidatures y étaient discutées et les investitures parfois refusées » : M. MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France*, op. cit. p. 73.

²⁹² P. GUENIFFEY : « Elections », op. cit. p. 69.

²⁹³ Ce sont bien les partis politiques qui remplissent désormais le travail de sélection personnelle des candidats. De ce point de vue, le processus des primaires reste fidèle à cet objectif. Pour une analyse critique du processus d'intégration des primaires dans le système institutionnel français et plus particulièrement dans le cadre de la 5^{ème} République : P. ESPLUGAS : « Le système des élections primaires est-il transposable à l'élection présidentielle française ? », in *RFD Const.*, n° 25, 1996, p. 21-34.

²⁹⁴ F. PATRIAT : « Investiture : quels procédés ? », op. cit. p. 25

²⁹⁵ Le compte rendu des candidats à la Convention nationale se fait dans l'Ami du peuple de Marat, et La Sentinelle de Louvet

²⁹⁶ C'est bien ce que démontre le processus électif en Bretagne lors de la Révolution.

²⁹⁷ Comme l'écrit F. SAWICKI, « L'offre électorale est le produit d'une interaction entre les hommes politiques et les journalistes... » : in « La marge de manœuvre des candidats », op. cit. p. 11

• La raison intellectuelle qui explique l'attraction partisane réside paradoxalement en apparence là encore par le caractère unanimiste des débats politiques. Tous les enjeux politiques, quels que soient le caractère de l'élection, sont axés sur la défense de valeurs républicaines sur laquelle se fonde l'identité politique du corps social²⁹⁸. Par voie de conséquence, les débats philosophiques et politiques relatifs au devenir de la Cité impliquent nécessairement une radicalisation des positions, exacerbée par une rhétorique politique théorique nourrie par une culture du tout ou rien et du pour et du contre²⁹⁹. Cette logique énervée lors des entreprises de conquête du pouvoir génère logiquement une radicalisation des positions. De ce point de vue, les campagnes électorales constituent traditionnellement un paroxysme de ce phénomène, comme le démontre encore aujourd'hui symboliquement le « *combat des gladiateurs* »³⁰⁰ lors du duel télévisé qui oppose les deux candidats présents au second tour des élections présidentielles en France. Elles sont naturellement marquées par un questionnement fondamentaliste relatif à la société dans son ensemble qui ne peut supporter la controverse, l'opinion minoritaire³⁰¹. Toujours critique, A. Cochin soulignait le penchant vers la « *terreur sèche* » qui menaçait déjà les sociétés philosophiques au 18^{ème} siècle. Il faisait là écho à Rousseau qui sommait dans son « *Contrat social* » qu' « *il n'y a pas de majorité contre la volonté générale* ». Cet esprit philosophique a été transporté sur le terrain politique par les révolutionnaires, de sorte qu'il existe depuis 1789 un culte voué aux débats portant sur des sujets unanimistes, qui ne portent pas au dialogue mais à la confrontation, et dont la dynamique non maîtrisée suit naturellement une pente dangereuse. C'est ce que démontre l'exacerbation tragique des enjeux en 1792-1793. C'est l'appel à la défense de la patrie menacée « en danger » le 11 juillet 1792 contre le danger extérieur et intérieur et le Salut public qui supprime les droits de l'homme. Ce sont ces arguments qui justifient comme le dira Marat, le « despotisme de la liberté ». L'unanimisme politique génère une radicalisation des positions au nom de la défense contre les « attentats à la liberté » par les ennemis du peuple, les attaques contre les factions en 1794, ou encore la justification du décret du 17 septembre 1793 relatif aux gens suspects. La traduction politique extrême s'exprimera dans une instrumentalisation funeste de la mort, sanction politique ultime contre les ennemis de la liberté³⁰². Face à l'exacerbation d'un enjeu somme toute symbolique mais prééminent dans la construction même de l'imaginaire républicain, la liberté ne peut être défendue que par la sentence la plus extrême contre ses détracteurs et ses ennemis. D'ailleurs Robespierre mêle ces deux dimensions lorsqu'il milite au nom de la Vertu en 1793 pour une ligne de démarcation entre ceux qui sont du côté de l'amour de la patrie et de la Vérité » et les autres.

²⁹⁸ Si le contexte local conditionne toujours les débats et détermine bien sur la stratégie de mobilisation des candidats, ce sont toujours les valeurs nationales qui sont au cœur du discours politique. Ce sont elles qui structurent les débats au sein desquels on discute de leur défense et de leur développement sous le prisme de considérations locales : F. SAWICKI, *ibid.* p. 12.

²⁹⁹ C'est ce qu'exprime encore F. PATRIAT qui souligne que les campagnes axées sur des « valeurs nationales » poussent au manichéisme et qu'elles sont toujours « dures ! » dans les faits, *in*: « Investiture : quels procédés », *op. cit.* p. 23

³⁰⁰ N. COPIN: « Presse: au-delà de l'impartialité », *Revue Pouvoirs*, « Les campagnes électorales », n° 63, 1992, *op.cit.* p. 78

³⁰¹ P. GUENIFFEY : « Elections », *op. cit.* p. 67.

³⁰² M. MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France*, *op. cit.*, p. 108.

Poussée par le caractère unanimiste des débats et des enjeux, cette dérive mettait en lumière une constante. Il s'agit de l'absence de règles de débats politiques dont l'origine première remonte certainement à l'incapacité de Louis XVI de nouer un dialogue avec les représentants du tiers aux Etats généraux. C'est en cassant le 23 juin ce que les députés firent le 17 que le Roi déclenche la Révolution ! Centré sur les règles relatives aux modes de désignation des représentants, le droit n'organise pas la compétition des hommes et des idées. De ce point de vue, il est vrai que l'absence de règles relatives à l'organisation des débats politiques entourant la mise en œuvre du règlement du 24 janvier 1789 mettait les électeurs et les élus « *non devant la liberté mais devant le vide* »³⁰³. La lutte électorale n'est pas juridiquement fixée, de sorte qu'il n'existera pas pendant longtemps de règles relatives aux débats. Lentement, difficilement, le droit est venu encadrer le vide politique qui entoure depuis lors les situations relatives aux conquêtes du pouvoir. Il organise les élections et cherche à canaliser l'usage de la parole et de l'écrit. Les bulletins imprimés apparaissent en 1795. Mais ce n'est que sous la 3^{ème} République que certaines règles apparaissent dans le but de protéger la réputation et l'honneur des candidats. En ce sens, la loi du 28 juillet 1881 interdisait la provocation dans les lieux publics afin de neutraliser les dérives diffamatoires. Elle connaît une application lors des campagnes électorales qui constituent par nature des moments sensibles où les débats, centrés répétons-le sur les hommes, impliquent des attaques sur la réputation. En ce sens, la diffamation vient en réponse à ces agressions. Là encore la presse se loge au cœur de cette problématique pour devenir un instrument potentiel de protection des hommes. A l'instar de ce qu'écrivait Tocqueville dans « *De la démocratie en Amérique* », la liberté de la presse est une des premières libertés démocratiques dans la mesure où elle doit permettre à chacun de ce défendre³⁰⁴. Instrument de la liberté d'expression politique, elle est aussi un instrument de protection contre la mauvaise expression qui agresse l'homme dans son identité et son intégrité morale.

2- L'enrôlement du candidat dans une logique conflictuelle institutionnalisée

- Dès les origines, le régime représentatif va s'appuyer sur cette logique de la confrontation manichéenne du pour ou contre, et devient l'enveloppe institutionnelle d'un affrontement entre les deux légitimités politiques, monarchique et républicaine, qui auront d'ailleurs longtemps raison de sa stabilité constitutionnelle. En ce sens, bien avant les logiques engendrées par les modes de scrutins, et plus que sur la question du régicide, Timothy Tackett situe la naissance des clivages partisans pendant la Révolution française au moment précis où les révolutionnaires discutent

³⁰³ A. COCHIN cité par F. FURET in *Penser la Révolution française*, op. cit. p. 285-286

³⁰⁴ « Dans les siècles d'égalité, chaque individu est naturellement isolé; il n'a point d'amis héréditaires dont il puisse exiger le concours, point de classe dont les sympathies lui soient assurées; on le met aisément à part, et on le foule impunément aux pieds. De nos jours, un citoyen qu'on opprime n'a donc qu'un seul moyen de se défendre; c'est de s'adresser à la nation toute entière et, si elle est sourde au genre humain, il n'a qu'un seul moyen de le faire, c'est la presse. Ainsi la liberté de la presse est infiniment plus précieuse chez les nations démocratiques que chez toutes autres; elle seule guérit la plupart des maux que l'égalité peut produire: *De la démocratie en Amérique*, G. -F. FLAMMARION; Tome 2. p.391-392

de l'art. 10 D. 1789³⁰⁵. Sujet de cristallisation de toutes les oppositions, cette disposition, considérée comme la « *véritable boîte de Pandore de la Révolution* » d'après M. Gauchet, est l'occasion de discuter du principe de la tolérance ou non des catholiques, et de l'acceptation ou non au sein des nouvelles institutions des valeurs issues de l'Ancien régime³⁰⁶. Dès les origines donc, les représentations politiques se logent dans un schéma institutionnel bipolaire qui fige l'affrontement classique entre les deux légitimités au sein des pouvoirs classiquement vus comme exécutif et législatif. Comme le souligne, P. Gueniffey, la France de 1796 à 1798 n'est pas une nation, mais le champ de bataille où s'affrontent deux légitimités, deux peuples, deux histoires.

De manière progressive, cette bipolarisation va s'institutionnaliser. Elle est une conséquence « *de la consolidation progressive d'un espace politique figé qui se spécialisera avec le temps* », encouragé par l'encadrement de la vie électorale³⁰⁷. D'aucuns datent à la période de la Restauration de 1815 et à la Monarchie de juillet, l'origine concrète du système des partis, après que le régime napoléonien ait consolidé une classe politique définitivement installée³⁰⁸. 1848, constitue une autre date importante pour la reconnaissance définitive d'une grande bipolarisation politique autour de laquelle gravitent et se structurent les courants et les associations en tous genres. Il est possible de comptabiliser à cette époque plus de deux cents clubs qui se donnent pour mission d'organiser des débats politiques et sociaux, à l'image de Blanqui et de Raspail afin de pousser le gouvernement provisoire « vers la gauche ». Or, cette effervescence va retomber et se structurer à la suite des actions du parti de l'ordre visant à combattre et éliminer les démocrates-sociaux qui feront ensuite l'objet d'une vraie purge de 1848 à 1851. Comme le souligne P. Pombéni, 1848, l'insurrection ouvrière du 24 juin, l'approbation de la nouvelle constitution le 4 novembre et la campagne présidentielle surtout qui s'ouvre « *sera aussi l'occasion de la première division politique de la France en deux blocs opposés : les partis du tournant modéré et conservateur de juin, dont le candidat sera Louis Napoléon Bonaparte ; les républicains qui créeront le 4 novembre sous la direction de Ledru-Rollin la Solidarité républicaine, première tentative de parti organisé à l'échelle nationale, qui se placera automatiquement à la tête de l'opposition* »³⁰⁹. Retrouvant le souffle des lumières, c'est en réalité sous la 3^{ème} République que les appartenances partisans se structurent officiellement. Inscrite dans la durée en se montrant « *capable de surmonter une série de crises politiques* »³¹⁰ pour la première fois, une République loin de vaciller sous les coups des forces politiques qui se déchirent, en structure l'organisation et les fonctions en les soumettant aux lois de la démocratie représentative³¹¹, et du régime parlementaire³¹². Théâtre du

³⁰⁵ T. TACKETT : *La révolution, l'Eglise, la France*, trad. de l'anglais par A. SPEISS, préface de M. VOVELLE, postface de C. LANGLOIS, Paris, 1986 ; cité par M. OZOUF, in *Dictionnaire de la Révolution française*, op. cit. p. 62,

³⁰⁶ M. GAUCHET : *La révolution des droits de l'homme*, Gallimard, « *bibliothèque des histoires* », spéc. p. 167 et s ;

³⁰⁷ P. ROSENVALLON : *le peuple introuvable*, précité.

³⁰⁸ P. POMBENI : *Introduction à l'histoire des partis politiques*, PUF « *Recherches politiques* », 1992, p. 284.

³⁰⁹ *Ibid.* p. 285.

³¹⁰ *Ibid.* p. 283.

³¹¹ C'est à la lumière de cette volonté d'installer le régime républicain dans la stabilité que la doctrine juridique, Carré de Malberg surtout, va donner naissance à cette artificielle distinction entre une souveraineté nationale et une souveraineté populaire. Voir ici G. BACOT : *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale* ; CNRS, 1985 ; Nous

développement des d'associations, des sociétés de libres penseurs, des loges, mais aussi des groupements, elle institutionnalise aussi et surtout les partis politiques. De manière naturelle, suite à la création du premier parti, la SFIO en 1901, l'inscription des parlementaires à des groupes est officialisée par la résolution du 1^{er} juillet 1910³¹³.

- Mais au-delà de leurs différences idéologiques, tous les acteurs politiques adoptent la même démarche stratégique pour conquérir le pouvoir durant les campagnes électorales. Tous ont le même objectif : la maîtrise non pas des citoyens porteurs d'idées, mais des électeurs composant l'opinion. Dans le régime représentatif, le candidat politique ne parle pas à l'électeur, mais à l'opinion. Influencé par la culture philosophique qui nourrit les pensées depuis le 18^{ème} siècle encore, dans le mode des idées générales issue du rationalisme, l'opinion devient, comme le disait alors Voltaire, « *la nouvelle reine du mode* ». Depuis la Révolution, l'enjeu politique primordial n'est pas la conquête des citoyens, c'est la conquête de l'opinion parce que c'est elle qui « *transforme le social en politique* »³¹⁴. Comme le souligne encore J. Habermas, dans cet environnement intellectuel et politique, « *l'opinion publique est érigée en souveraine* »³¹⁵. Conformément à la conception anglaise, tout le processus délibératif qui se met en place lors des élections a pour but de travailler l'opinion populaire afin de la modeler et de la faire adhérer à une opinion rationnelle et pacifiée, conforme aux valeurs et aux institutions républicaines. Cette opération de transformation des opinions a besoin d'un lieu, et d'une situation. C'est la réunion publique. Depuis sa consécration par décret du 14 décembre 1789 qui la définit comme la « *réunion paisible et sans armes* », elle ne cessera plus d'être au cœur de la logique électorale républicaine car elle constitue le moment précieux où la dynamique de conquête du pouvoir se met concrètement en mouvement. Dans un premier temps, elle est un lieu d'éducation du peuple à la chose publique. De ce point de vue, le processus délibératif qui s'exprime en réunion a pour objectif de faire adhérer l'homme aux valeurs politiques républicaines. L'individu vient aux réunions avec ses idées, mais laisse à la porte ses particularismes, et ressort avec une opinion. De la sorte, la réunion est le moment où les candidats travaillent l'opinion populaire afin de la dégager de ces poncifs en vidant l'électeur de ses passions et de ses émotions aveugles³¹⁶. Elle épure le débat des accès populaires, dans la mesure où dans l'espace politique institutionnalisé de

nous permettons ici de renvoyer à notre thèse, *La constitutionnalisation du droit, rationalisation du pouvoir et production normative*, thèse dactyl. 1^{ère} partie, Université Toulouse 1, 1998.

³¹² « Le régime parlementaire n'est en somme que l'organisation constitutionnelle de la lutte des partis pour la conquête des pouvoirs » écrivait JOSEPH-BARTHELEMY, cité par P. AVRIL et J. GICQUEL : *Droit parlementaire, Montchrestien*, 2^{ème} édition, 1996, p. 79

³¹³ P. AVRIL et J. GICQUEL : *Ibid.* p. 80 : Dans le droit positif actuel, voir par exemple le Chapitre V et plus précisément les articles 19 et 20 du Règlement de l'Assemblée nationale.

³¹⁴ F. FURET : *Penser la révolution française*, op. cit. p. 291.

³¹⁵ J. HABERMAS in *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, 1978.

³¹⁶ On peut souligner qu'il s'agit là d'une tendance qui se manifestait déjà traditionnellement dans le monde du droit. En effet, sous l'Ancien régime, dans le cadre du procès, l'avocat défend « des parties dépouillées de leurs passions ». Comme les représentants politiques ont vocation à véhiculer une idée de la liberté dépouillée des passions humaines dans le nouveau régime, les avocats étaient traditionnellement vus comme des représentants dans l'ordre du droit qui participent à l'expression d'une justice délivrée des « emportements », des « faussetés », et des « malices ». Voir J. KRYNEN : *L'idéologie de la magistrature ancienne – l'Etat de justice, France, 13^{ème} – 20^{ème} siècle – I*, NRF, Editions Gallimard, « Bibliothèque des histoires », 2009, p. 123.

la République, la seule violence acceptée, c'est la violence de l'Etat-nation, instituée comme le souligne Norbert Elias en monopole d'Etat. Donc, la réunion publique remplit ici une fonction sociologique très forte. Elle est le lieu de la transformation de l'individu en citoyen. Dans un second temps, elle participe à déplacer le lieu de la participation, de la place publique –dimension concrète du politique- à l'espace public –dimension abstraite et représentative du politique-, en transformant la nature de la participation, d'action en opinion. La réunion contribue ainsi à donner à la nation sa vitalité, son énergie politique, en donnant à ce sujet collectif et abstrait ses idées par le biais de l'opinion publique. Educative pour le peuple et structurante pour la nation, l'opinion publique qui se forge en réunion répond parfaitement aux objectifs du régime républicain. Elle éclaire le suffrage universel tout en militant pour une participation du peuple sans action car elle lui assure une présence symbolique dans la dimension politique tout en étant sans risque pour l'ordre public. Elle permet finalement au peuple de figurer sa volonté dans un espace de délibération collectif qui offre dans le même temps à la République le principe de légitimation. Ce n'est pas un hasard si la liberté de réunion connaît une valorisation importante dans le cadre de la 3^{ème} République qui, de ce point de vue, peut être qualifiée de « *République de la délibération* ». Durant les premières décennies plus particulièrement, la 3^{ème} République est marquée par « *une ivresse de la réunion publique* »³¹⁷. C'est pour cette raison que d'un point de vue juridique surtout, le régime juridique de la réunion publique se précise. Dans un premier temps, loi du 6 juin 1868 apporte une précision fondamentale du point de vue juridique en distinguant la réunion d'une part, phénomène ponctuel, et l'association d'autre part, phénomène permanent. Dans un deuxième temps, la loi du 29 juillet 1881 qui encadre strictement l'exercice du droit de réunion sur l'espace public³¹⁸.

Par nature, le moment des campagnes électorales constitue le moment crucial où les réunions publiques remplissent leur rôle dans une double logique contradictoire néanmoins. La première logique est celle de la modélisation des esprits afin de faire adhérer les individus aux valeurs républicaines. La seconde est celle de l'adhésion de l'enrôlement de l'électeur dans l'engagement partisan. Il s'agit de le convaincre d'adhérer à un discours partisan dans une logique de conquête du pouvoir. C'est la fonction du *meeting* politique. De ce point de vue, les partis politiques constituent donc les appareils institutionnels de cette attraction partisane du citoyen électeur par le candidat. En réalité, ce phénomène commence très tôt. Depuis la Révolution, « *l'organisation préalable de la compétition est aux mains de spécialistes de la politique, qui font carrière dans la manipulation de l'opinion* »³¹⁹. Les campagnes électorales constituent un moment sensible de cette manipulation de l'opinion au sens positif et négatif du terme, relayée par la presse écrite, radiodiffusée et télévisuelle et désormais internet aujourd'hui³²⁰. Elles sont le moment décisif où l'électeur peut être fixé dans un des deux camps capables de porter et défendre les idées unanimistes. En ce sens, les sondages sont aussi une arme au service de

³¹⁷ P. COSSART : *Le meeting politique : de la délibération à la manifestation (1868-1959)*, Presses universitaires de Rennes, « Histoire », 2010.

³¹⁸ Voir introduction de cette étude.

³¹⁹ F. FURET : *Penser la révolution française*, op. cit. p. 277

³²⁰ N. COPIN : « Le rôle du journaliste n'est pas seulement de rendre compte, d'enregistrer, de répéter, de compter les points. N'est-il pas aussi – et surtout dans les grandes périodes électorales - d'attirer l'attention sur les grands enjeux, de détecter les tendances nouvelles qui transforment une société, d'anticiper sur les grandes questions qui se poseront à l'humanité ? », in « Presse : Au-delà de l'impartialité », Revue *Pouvoirs*, « Les campagnes électorales », op. cit. p. 79.

cette entreprise. Ils démontrent d'ailleurs la nature même de la campagne électorale. Sonder l'opinion semble vouloir dire une chose bien précise. Il ne s'agit pas pour les partis politiques de s'informer sur les opinions des citoyens dans le but de mettre en œuvre une politique conforme à une volonté majoritaire émanant d'un ensemble de citoyens. L'objet des sondages est de comprendre l'opinion d'une société, c'est-à-dire des sensibilités, dans le but d'adapter et ainsi donner la plus grande effectivité possible au discours d'adhésion mis en œuvre par les partis politiques au moment des campagnes électorales³²¹. C'est pour cette raison qu'ils peuvent facilement devenir des outils sujets à caution. Instruments « *stratégiques* »³²² au service d'une conquête politique avant d'être au service d'une information citoyenne, ils sont susceptibles d'être l'objet de manipulation afin d'orienter les votes, voire de la dénaturer. De ce point de vue d'ailleurs, l'effet d'annonce provoqué ici par des sondages sur les scores potentiels du Front national et « la percée des extrémismes » lors des élections cantonales de 2011 est à cet égard significatif.

B- Un citoyen distant

Malgré cette volonté pédagogique, le vote a toujours suscité des sentiments contrariés chez les électeurs. Même si les citoyens sont attachés au droit de vote, ce que démontre leur participation en nombre aux élections, ils manifestent à l'égard des campagnes électorales un sentiment ambigu oscillant entre indifférence et indolence d'une part (1) et insolence et violence d'autre part (2).

1- Un peuple indifférent et méfiant

- Destinées à désigner les représentants d'une entité abstraite, les élections politiques sont au service d'un régime représentatif qui « *rétrécit le sens de la représentation* ». Ce rétrécissement donne lieu à une « *désarticulation du mandat et de la figuration* »³²³, qui se manifeste d'ailleurs sous l'empire du suffrage censitaire comme du suffrage universel. Très tôt donc, une distanciation entre le peuple et ses représentants se crée inéluctablement dans la mesure où les affaires politiques deviennent le phénomène d'une société détachée des intérêts du peuple. Comme le souligne P. Rosenvallon, le représentant moderne se trouve dans une situation ambiguë, pris en étau entre un principe d'*indentification* et un principe de *distinction*³²⁴. Même si de 1790 à 1793, les phases électorales se laissent difficilement saisir³²⁵, déjà, « *la désignation des candidats, les programmes, le contenu des questions échappent à la quasi totalité des électeurs* ». La préparation des élections est une affaire de spécialistes. Par voie de conséquence, et à l'inverse de l'effet escompté, le vote devient très rapidement en réalité « *une machine à*

³²¹ R. CAYROL : « Il serait assurément caricatural de prétendre que les candidats aux élections sont prêts à se rallier au programme des sondés, mais il serait angélique de prétendre que l'avis de leurs électeurs n'affecte en rien leurs convictions. Au demeurant, les hommes politiques se servent souvent de ce type de données d'enquête pour évaluer, à tout le moins, les obstacles d'opinion qu'il va leur falloir contourner, dans la défense de leurs options face à l'électorat, in « Sondages et campagnes électorales : faire de chacun un stratège », Revue *Pouvoirs*, « Les campagnes électorales », n° 63, 1992, p. 82.

³²² R. CAYROL : *ibid.* p. 81.

³²³ P. ROSENVALLON : *le peuple introuvable*, *op. cit.* p. 34.

³²⁴ P. ROSENVALLON : *Le peuple introuvable*, *ibid.* p. 43

³²⁵ P. GUENIFFEY : « Elections », in *Dictionnaire de la Révolution française*, *op. cit.* p. 64

dépolitiser ». Déjà en 1789-1790 et jusqu'au directoire, les élections sont toujours « *un épisode accessoire* »³²⁶. Le peuple se montre finalement indifférent aux consultations électorales, par ignorance d'abord et par méfiance ensuite, en dépit d'un régime porté par la souveraineté nationale. En 1791, une statistique révèle que sur 1600 citoyens actifs, 800 sont inscrits sur les listes, et moins de 400 participent aux élections³²⁷. De la même manière d'ailleurs, plus la démocratie directe s'est affirmée, et moins on votait. Aujourd'hui encore cette distanciation entre l'électeur et l'élu est toujours présente. D'aucuns notent que dans la démocratie moderne, l'électeur vote moins pour exprimer une vraie conviction ou un intérêt, que par « *plaisir* »³²⁸. Si le suffrage universel a toujours eu deux fonctions affichées, la désignation des gouvernants et l'expression propre d'opinion, la première a toujours supplanté la seconde. Loin d'être un moment solennel où s'exprime la volonté de concrétiser une conviction, la campagne électorale et l'élection surtout sont considérés comme « *des moments de fêtes* »³²⁹.

Cette indifférence se redouble en réalité d'une méfiance plus ou moins explicite de la part du corps électoral. Réminiscence de la première répression sanglante à la mobilisation républicaine du 17 juillet 1791³³⁰, très vite le peuple exprime un sentiment de méfiance, voire de défiance vis-à-vis des événements électoraux, et donc dans la relation politique qui s'instaure entre représentants et aux gouvernants. Pour d'autres raisons, en 1793, le principe du vote à haute voix, d'ailleurs consacré par l'article 16 C. 1793³³¹, suscitait crainte, méfiance et suspicion. D'ailleurs la sincérité même de ce type de scrutin fut rapidement remise en cause. Quel que soit le régime et surtout la nature du suffrage censitaire ou universel, il plane déjà sur les consultations un sentiment d'artificialisme qui persuade le peuple de l'inefficacité de son rôle vis-à-vis des élections politiques. Ainsi, la première Constitution votée au suffrage universel, la Constitution montagnarde de 1793, constitution du suffrage universel, est votée avant même de connaître les résultats dans beaucoup de départements³³². Ce sentiment d'indifférence teinté de méfiance se perpétuera longtemps puisque l'abstention persiste même sous les régimes qui instaurent une pression administrative forte vis-à-vis des électeurs. Ainsi, le principe de la visite des fonctionnaires chez les électeurs sous le 2nd Empire, n'empêchera pas le développement de l'abstentionnisme³³³. Loin d'être un phénomène conjoncturel, ce phénomène constitue un élément structurel du lien existant entre l'électeur et le candidat, le représentant et le représenté.

2- Un peuple insolent et violent

³²⁶ *Ibid.* p. 64

³²⁷ P. GUENIFFEY : « Suffrage », in *Dictionnaire de la Révolution française*, op. cit. p. 619

³²⁸ Ph. BRAUD : *Le comportement électoral en France*, PUF, 1973, p. 31.

³²⁹ *Ibid.* p. 31

³³⁰ Par cette mobilisation, le peuple voulait manifester son mécontentement vis-à-vis des représentants. Pour ne pas hypothéquer l'entrée en vigueur de la première Constitution au mois de septembre, ces derniers avaient dissimulé au peuple les raisons réelles qui avaient motivées la fuite du Roi jusqu'à Varennes dans la nuit du 20 au 21 juin 1791.

³³¹ Article 16. - Les élections se font au scrutin, ou à haute voix, au choix de chaque votant.

³³² M. MORABITO : « Les décrets des 27 et 28 juin 1793, convoquant les assemblées primaires pour soumettre à l'acceptation du peuple la Déclaration des droits et l'acte constitutionnel, n'emportait aucune obligation de simultanéité du vote. La constitution fut ainsi soumise au référendum dès juillet à Paris, mais dans certains départements on ne vota ... qu'après la proclamation des résultats », *Histoire constitutionnelle de la France*, op. cit. p. 99.

³³³ Pour certains d'ailleurs, les candidatures sont considérées comme des farces politiques.

• Si les campagnes électorales peuvent démontrer que les sentiments du peuple oscillent entre indifférence et méfiance, elles peuvent aussi être celui de sentiments plus durs, déviant vers l'insolence et la violence. A l'instar de l'analyse de Tocqueville relative aux liens existants entre le type de représentation théâtrale préférée par les peuples en fonction de leurs mœurs politiques³³⁴, les campagnes électorales françaises donnent naissance à toute une tradition humoristique et burlesque qui se traduit par une irrévérence à l'endroit du monde politique, et dont les français se montreront désormais toujours friands. Plus précisément, depuis la revendication de l'abolition de la censure revendiquer par Marie Joseph Chénier le 15 juin 1789 qui veut en faire une « *institution politique* »³³⁵, le théâtre connaît une vraie explosion sous la Révolution³³⁶. Il devient un lieu de figuration des enjeux révolutionnaires, où les hommes et les mœurs des anciennes et des nouvelles idées sont tour à tour dépositaires des images du vice et de la vertu³³⁷. Plus précisément, les fonctions électives, manifestation criante de la distance fixée entre le peuple et ses représentants sont un « vrai sujet » de théâtre, mais aussi une source de moquerie pour des individus qui trouvent dans cet art un divertissement en forme d'exutoire à peine caché. Sous la période révolutionnaire déjà, le peuple ne manque pas de railler les mœurs politiques nouvelles qui aiguïssent les appétits et les ambitions des puissants d'un jour qui trop veulent revêtir les habits d'hommes d'Etat³³⁸. Les acteurs ne manquent pas d'ironiser sur les agitations carriéristes des ministres ou de leurs proches, sous un flot de railleries populaires où malgré tout sous un bon ton et un rire bon enfant, perce le caractère violent et tragique du politique. Ainsi au printemps 1794, plusieurs représentations théâtrales sont le lieu symbolique d'une figuration de l'Enfer où s'enlise le Roi, avalé « *par des flammes surgies du tréfonds de la terre qui s'ouvre sous ses pas, tandis qu'est brandie une bannière portant La république une et indivisible* ». De la même manière, le théâtre retrace le destin d'un Robespierre qui se forge au contact « *des monstres des comités révolutionnaires* »³³⁹. Ce mouvement théâtral florissant au premier temps de la révolution est stoppé avec Brumaire par décision administrative. Ainsi, le 17 novembre 1800, Fouché, alors ministre de la police, lance un appel demandant aux directeurs de théâtre de bannir du répertoire « *les insultes gratuites pour les vaincus et les lâches flatteries pour les vainqueurs, renoncer aux haines et aux souvenirs douloureux pour préférer la concorde* »³⁴⁰. Dès lors, à partir de l'Empire, le théâtre quitte ses accents révolutionnaires et universalistes, pour devenir plutôt un

³³⁴ « Quelques observations sur le théâtre des peuples démocratiques », in *De la démocratie en Amérique*, T2, op. cit. p. 101 et s.

³³⁵ « De la liberté du théâtre en France », 1789 ; « Influence de la révolution sur le théâtre François », 1790.

³³⁶ R. SCHMIDT : « Le théâtre se militarise : le soldat citoyen dans le théâtre de la révolution française », in *Représentation et pouvoir, la politique symbolique en France (1789-1830) sous la direction de N. SCHOLZ et C. SCHRÖER*, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 65 ;

³³⁷ Voir par exemple la pièce de Pierre Jean Baptiste CHAUSSARD, *La France régénérée*, Pièce épisodique en vers et à spectacle représentée pour la première fois au théâtre Molière le 14 sept. 1791, cité par R. SCHMIDT, ibid. p. 65.

³³⁸ P. BOURDIN : « Les factions sur les tréteaux patriotiques (1789-1830), in *Représentation et pouvoir, la politique symbolique en France (1789-1830) sous la direction de N. SCHOLZ et C. SCHRÖER*, Presses universitaires de Rennes, 2007, p. 24 ;

³³⁹ Ibid. p. 26

³⁴⁰ Ibid. p. 36

instrument de propagande nationaliste vantant les mérites des défenses et conquêtes militaires³⁴¹.

- Mais ce peuple transporte aussi la figuration d'un rêve démocratique qui dérive en violence lorsqu'il se sent déçu ou victime d'injustice. Depuis les agitations du faubourg Saint Antoine affranchi des entraves fiscales, il est vrai que le peuple a toujours été enclin « à glisser » dans la rue pour y manifester ses aspirations et ses mécontentements surtout³⁴², et répondre ainsi physiquement à l'incompréhension politique entre électeurs et élus provoquée par la distanciation secrétée par la représentation. Après la Révolution, des réactions des « *impropriétaires* », les sans-culottes, jusqu'aux communes de 1830, 1848, 1870³⁴³, il existe une revendication politique violente du peuple à côté des urnes, et qui plane toujours au moment des élections, et donc sur les campagnes électorales. C'est dans ce contexte que le législateur a voulu encore encadrer les manifestations et réunions publiques. Toute l'histoire du droit des campagnes électorales oscille entre tolérance sous les régimes républicains, méfiance sous les régimes de restauration monarchique et réglementation sévère voire suspension sous l'Empire³⁴⁴. La loi du 7 juin 1848 interdit les attroupements, c'est-à-dire le déroulement d'une manifestation dont le but illégal peut provoquer des troubles à l'ordre public³⁴⁵. C'est pour cette raison que la harangue publique effectuée par les candidats est prohibée par le droit. Dans le même sens, le droit encadre strictement pour les mêmes motifs le droit de réunion qui peut ici connaître de lourdes altérations. Concrètement d'ailleurs, d'aucuns soulignent que la liberté de réunion n'est véritablement assurée que lorsqu'elle est sans portée politique, et le droit donne une acception forte à ce caractère public pour les réunions politiques³⁴⁶.

Ce cadre juridique attentif pour ne pas dire suspicieux démontre le sentiment ambivalent qui entoure le moment démocratique du choix politique qui se manifeste politiquement au moment des campagnes électorales. En dépit de leur caractère politiquement éphémère et juridiquement flou, elles constituent le moment crucial de l'engagement de l'électeur vis-à-vis de la promesse républicaine du candidat. Il se joue alors quelque chose d'essentiel dans la vie démocratique : la construction de la confiance entre les électeurs et les candidats, futurs élus. C'est elle qui est au fondement de la solidité du régime et qui est gage de la fortune politique des gouvernants. Que celle-ci vienne à manquer dans les faits, et l'électeur impuissant

³⁴¹ Voir par exemple la pièce imprimée à Toulouse en 1805 par Pierre-Edouard LEMONTEY, « La vie du soldat français ».

³⁴² M. MORABITO : *Histoire constitutionnelle de la France*, op.cit. p. 72

³⁴³ Il est intéressant de rappeler que la 3^{ème} République commence par une répression dont l'une des revendication populaire était... « la restauration du mandat impératif »...

³⁴⁴ Suite à la campagne des banquets de 1848, le 22 février 1848 des milliers de travailleurs et d'étudiants s'élèvent contre un gouvernement qui interdit la tenue d'un grand banquet politique. Si le principe connaît une réaffirmation solennelle par la Constitution de 1848, le décret relatif à la dissolution des clubs du 28 juillet de la même année est maintenu.

³⁴⁵ C'est un décret du 25 février 1852 qui fait du refus d'obtempérer à l'ordre de dispersion de la police une sanction pénale devant le tribunal correctionnel. Un décret loi de 1835 la régit dans le droit contemporain. Elle doit faire l'objet d'une déclaration préalable et peut être interdite en cas de risque pour l'ordre public (Circulaire Paganon du 27 nov. 1935).

³⁴⁶ La réunion de partis politique est privée lorsqu'elle est réservée aux adhérents. Elle devient publique lorsqu'elle est organisée pour des sympathisants (même sur invitation), et ce quel que soit le lieu de la réunion. Or en période de tension, toutes les réunions publiques peuvent faire l'objet de restrictions, voire d'interdictions.

vis à vis du représentant lors de son mandat verse un sentiment de défiance qui peut se manifester de différentes façons. Certes, la sanction est normalement et fort heureusement électorale lorsque les électeurs sanctionnent la candidature du représentant sortant. Mais elle peut dévier vers des formes de contestation plus violente. Cette crainte prise en compte par le droit, est encore bien présente dans l'esprit des hommes politiques. Ainsi, à deux reprises au moins, sur les chaînes de radio et de télévision, Nicolas Sarkozy a pu souligner durant la campagne électorale de 2007, que la politique était une activité sérieuse et qu'elle pouvait être dangereuse pour les gouvernants. A titre d'exemple, le peuple déçu avait su exiger la tête de son roi dans le passé. On pourrait préciser que cette revendication vint après qu'une première commune insurrectionnelle l'ait renversé dans la nuit du 9 au 10 août 1792. De manière incidente et anecdotique, le futur président de la République rappelait alors de façon tout à fait claire que la politique est une affaire humaine sérieuse parce qu'elle scelle le destin de tous. C'est pour cette raison qu'au delà de sa détermination rationnelle par la sagesse et la raison dont le droit de la Constitution constitue fort heureusement l'une des expressions les plus hautes, elle reste toujours empreinte d'une zone d'imprévisibilité et d'irrationnel, comme le soulignait G. Burdeau³⁴⁷. C'est pour cette raison qu'elle est aussi toujours la source insondable d'une diaprure infinie de sentiments, qui comme en amitié et plus encore en amour, peut osciller jusqu'aux expressions les plus extrêmes, dans la joie, comme dans la peine.

³⁴⁷ G. BURDEAU : *La politique au pays des merveilles*, PUF, 1979.

2. Témoignage :

Témoignage de Brigitte Barèges, député-maire de Montauban

En préambule, je souhaiterais souligner le mérite de ce colloque de confronter dans le choix des intervenants ceux qui ont une connaissance pratique du droit des campagnes électorales - dont je suis un modeste témoin -, à des sommités comme le Président de la Commission Nationale des comptes de campagne - et Dieu sait que j'ai quelquefois « maudit » les représentants de la Commission dans l'application pratique des contraintes qu'elle impose, à juste titre d'ailleurs, aux élus que nous sommes - et les spécialistes universitaires du droit électoral.

Je dois dire encore que, sans être dotée d'une grande expérience, depuis dix ans j'ai finalement porté des campagnes électorales à cinq reprises : tout d'abord en 2001 pour la conquête de la Ville de Montauban, en 2002 pour mon premier mandat de député, en 2007 de nouveau pour la campagne des législatives, en 2008 pour les municipales et en 2010 en étant tête de liste sur les élections régionales dans cette belle région Midi-Pyrénées.

Il est exact que j'ai pu constater au cours de ces expériences la différence lorsqu'un candidat part pour la première fois briguer un mandat et n'est pas en charge d'une collectivité - c'était mon cas en 2001 et 2002 et lorsque celui-ci est sortant, - c'était mon cas en 2007 et en 2008. Dans ce dernier cas, l'on est, je dois bien le dire, terrorisée par tous les risques qu'un élu peut prendre avec la meilleure foi du monde, si l'on n'est pas attentif à toutes les règles qui s'imposent aux candidats, qu'il s'agisse de celles tirées directement du code électoral ou celles posées par la Commission des comptes de campagnes.

Je tiens à souligner que mon premier acte politique a été motivé par la lutte contre la corruption en adhérant en 1992 à l'association fondée par le juge Jean-Pierre, « Association Démocratie Justice » qui visait à dénoncer tous les abus en tout genre qui avait pu être commis. A l'époque, il n'y avait pas vraiment de règles sur le financement des partis politiques et toute l'évolution législative des années 1990 a visé – et c'est heureux - à organiser une meilleure transparence du financement de ceux-ci. On peut dire enfin aujourd'hui que le système mis en place est relativement abouti, les règles sont bien posées et ces dernières sont maintenant bien intégrées par les acteurs politiques, notamment celles sur la nécessité d'un mandataire financier ou le fait que le candidat ne paie aucune dépense directement.

Pour autant, je dois dire que lorsqu'on doit présenter les comptes à la CNCCFP, les mandataires financiers se font de plus en plus rares. De même, si la tâche des commissaires aux comptes est déjà délicate lors d'une campagne municipale dans une ville de 58 000 habitants, elle relève d'un marathon incroyable lors d'une élection régionale, à l'échelle d'un territoire comprenant huit départements : imaginez que la moindre dépense engagée par quelqu'un sur votre liste sur un département lointain doit être retracée ; il faut à tout moment bien recadrer les choses, en permanence lui dire attention, ne faites rien sans avoir l'aval du mandataire financier. Or ce dernier est un bénévole qu'on a du mal à trouver et est là avant tout pour rendre service au candidat qui le sollicite.

De plus, une fois que la campagne est terminée, les élus pensent que tout est terminé sauf que tout commence : il faut réunir toutes les pièces, les preuves, les factures et tous ceux qui ont été un peu négligents ; si de plus, les élections débouchent sur une défaite, c'est encore plus compliqué, les candidats ne veulent plus du tout s'occuper de cela et ce sont des coups de fils, des acharnements. Tout cela est d'autant compliqué que le délai de deux mois pour rendre des comptes à compter du premier tour du scrutin est vraiment très court.

Par exemple, on vous demande de justifier de tout et c'est normal : en général on loue une voiture, on ouvre une permanence, il est encore facile de produire le bail, il faut les attendre les factures d'électricité ou téléphone dans les deux mois qui viennent,

Sur ce point, je souhaiterais évoquer une anecdote survenue au cours de la campagne des législatives de 2007 : je loue une voiture pour toute la durée de la campagne, le concessionnaire auprès duquel je la loue me fait une réduction de 20 %. On m'alerte en m'indiquant qu'il s'agit d'un don d'une personne morale qui entraîne une inéligibilité. Il a donc fallu se rapprocher du concessionnaire qui nous explique qu'il fait toujours des réductions ; il a dû rédiger une attestation stipulant qu'il s'agissait d'une règle commerciale appliquée à tout client.

Une autre histoire peut être racontée à la suite d'un apéritif dans une entreprise près de Caylus qui fait des foies gras et à qui l'on demande d'organiser cette manifestation avec quelques toasts de foie gras ; quand elle établit la facture, elle fait, sans que cela soit demandé et sans que nous y ayons pris garde, une réduction de 20 % qui porte sur 40 ou 50 €, somme modeste mais qui a fait craindre à ma commissaire aux comptes une difficulté sérieuse. Cette histoire illustre donc la grande incertitude dans laquelle sont placés les candidats.

Or les candidats n'ont pas tout le loisir pour veiller sur toutes ces questions pratiques. Il a donc besoin d'avoir derrière lui des gens aguerris et formés. A ce sujet, je peux dire que j'ai la chance d'appartenir à un groupe politique important qui m'a permis d'envoyer en formation mes mandataires ou des candidats pour qu'ils intègrent bien ces règles.

Je voudrais évoquer maintenant le délai légal extraordinairement long de 12 mois couvert par la campagne. Ce délai a des conséquences au sein d'une collectivité territoriale, ne serait-ce qu'en terme d'inaugurations. Certes, on prend des avis auprès des conseillers compétents, d'avocats spécialisés s'agissant par exemple, pour une inauguration, de la rédaction du carton d'invitation ou du contenu des discours.

On est complètement paralysé et cela est d'autant plus ennuyeux que les lourds chantiers, comme un parking souterrain, entrepris en début de mandat s'achèvent en fin de mandat alors que c'est la période où l'on est particulièrement surveillé. La proposition du groupe de travail dirigé par Pierre Mazeaud qui visait à raccourcir le délai de douze mois à six mois paraissait une sage proposition. J'envisage ainsi, modeste député de province que je suis, de proposer d'aller plus loin que la proposition de loi « Warsmann » votée récemment et qui à mon sens a été un peu trop frileuse sur ces sujets là.

Par ailleurs, je souhaiterais dire quelque mots sur le contentieux électoral. Je me suis confronté à celui-ci à travers les recours engagés jusqu'au Conseil d'Etat à la suite des élections municipales, dans un contexte où, il est vrai, l'écart de voix était peu important, en l'occurrence au nombre de 166 en ma faveur. L'arrêt du Conseil d'Etat a d'ailleurs été l'occasion de bâtir une jurisprudence dite « Hervé Morin » : le Ministre de la défense était en effet venu pendant la campagne électorale tout d'abord en sa qualité de ministre rencontrer, au moment de la réforme du livre blanc de la défense sur la restructuration des armées, les trois régiments présents à Montauban, régiments de parachutistes, le génie, base de soutien de matériel de la Ville. Il venait ensuite en sa qualité de président du Nouveau Centre me soutenir dans ma campagne municipale. Bien évidemment, je ne l'ai pas accompagné sur la visite ministérielle ; naturellement, nous avons bien scindé la partie ministre de la partie militante jusqu'au point qu'une voiture personnelle l'attendait à la sortie de la caserne pour l'amener au lieu où nous faisons le meeting ; de même, toutes les dépenses - hôtels, restaurants, déplacements - étaient prises en charge par mon budget de campagne. Nous sommes pourtant allés jusqu'au Conseil d'Etat pour faire juger que ce n'était pas quelque chose qui était de nature à influencer le vote des électeurs. Malgré les précautions prises, pour avoir assisté personnellement à l'audience du Conseil d'Etat en spectateur, j'ai éprouvé une grande frayeur à l'instar d'autres élus ayant connu le même type de contentieux comme la maire d'Aix-en-Provence Maryse Vasseur ou Jean-Pierre Georges, Maire de Chartres.

Pour éviter une trop grande insécurité juridique, il me semble que la notion de « bonne foi » qui était retenue dans le rapport Mazeaud mais pas assez présente dans la loi Warsmann, est quelque chose d'important : compte-tenu de toutes les contraintes précédemment évoquées qui s'imposent à nous, je vous assure que l'on fait attention et que l'on n'est pas à l'abri de faire un écart. Il n'est pas normal qu'il appartienne aux candidats de prouver leur bonne foi, celle-ci devrait être présumée. Une autre proposition pourrait être de modifier la composition de la CNCCFP en y adjoignant deux praticiens, deux parlementaires, un de gauche un de droite, pour apporter l'éclairage d'élus de terrain.

Je souhaiterais enfin évoquer un dernier sujet qui m'est cher : l'égalité de traitement entre candidats. A l'occasion des élections régionales de 2010, j'ai dû mener une campagne que j'ai estimée déséquilibrée en me retrouvant face à un élu sortant qui pouvait tout de même bénéficier de certains outils de propagande.

Certes, pour ce qui me concerne, il existait un important écart de voix mais on peut se demander si cela doit être le seul critère car si tel est le cas ce n'est qu'encourager ceux qui sont en position dominante à en abuser. Il est donc nécessaire d'appliquer encore plus strictement l'égalité de traitement. Or celle-ci peut ne pas exister lorsque la presse quotidienne régionale est en situation de monopole comme en Midi-Pyrénées. Les réactions possibles sont limitées sachant que le droit de réponse est d'une efficacité relative et le contentieux en diffamation très lourd.

Toutefois, je dois dire que pour la campagne des municipales de 2008, j'ai eu affaire à quelqu'un qui m'injurait matin, midi et soir, avait même loué une voiture avec des placards, des affiches ordurières qui renvoyaient sur un site internet où il disait des choses délirantes et fausses sur ma vie privée. J'ai déposé plainte contre lui et il a finalement été condamné un an et demi après l'élection ce qui témoigne d'un manque de réactivité de la justice dans ce type affaires. Une autre voie possible est peut-être d'engager des actions en référés sur le site internet. C'est ce que j'ai fais sur une deuxième campagne au cours de laquelle quelqu'un racontait sur internet des absurdités. Ma réaction a été d'engager un référé pour faire fermer par l'opérateur les pages contestables ; la difficulté a été cependant que la personne condamnée a ouvert un autre site contenant les mêmes propos.

Il existe donc des progrès sensibles à accomplir en terme de réactivité ou d'encadrement même si les garanties apportées par la CNCCFP et les tribunaux sont importantes. Telles sont, définies un peu grossièrement, les propositions de retour d'expérience que je souhaitais formuler.

3. Le Financement

Faut-il adapter la législation sur le financement des campagnes électorales ?

Par Bernard Maligner, ingénieur d'études au CNRS

Faut-il légiférer lorsqu'une législation datant de 1988, revue et corrigée en 1990, en 1993, en 1995, en 1996, en 2001 et en 2003, pour ne marquer que les dates essentielles, est arrivée à maturité et est correctement appliquée ? Est-il indispensable de légiférer lorsque, pour se fonder sur des statistiques fournies par la CNCCFP sur les comptes de campagne des candidats aux dernières élections législatives de 2007, sur 7 634 candidats, 7 128 d'entre eux ont vu leurs comptes approuvés sans réserves (5 618 soit 73,59 %) ou après réformation (1 510, soit 19,77 %) soit au total 93,37 % ? Faut-il légiférer lorsque 3,19 % des candidats se sont abstenus de déposer leurs comptes ou que moins de 1% d'entre eux ont déposé leur compte avec retard ? Faut-il même légiférer lorsque 191 comptes seulement, soit 2,50 % du total des comptes, sont rejetés ? On peut, nous semble-t-il, en douter...

« Je souhaite que mon sacrifice serve à quelque chose » (v. L'Express, <http://lexpress.fr>, 28 mars 2008, 14 h. 18). Cette phrase n'est pas extraite des Evangiles... C'est en ces termes que M. Georges Fenech a réagi assez violemment à la décision par laquelle le Conseil constitutionnel a annulé son élection en qualité de député de la 11^e circonscription du Rhône³⁴⁸ et l'a déclaré inéligible pour une durée d'un an pour avoir réglé directement, c'est-à-dire sans passer par l'intermédiaire de son mandataire financier, comme l'exige la loi, des dépenses de restauration dans une grande surface pour plus de 6000 euros – ce qui n'est pas une « menue dépense », puisque cette somme correspondait à 8,17 % du total de ses dépenses et 7,6 % du plafond des dépenses électorales autorisées dans la circonscription. Se présentant comme une « victime d'une procédure discriminante et sans appel », M. Fenech en a aussitôt appelé au président Nicolas Sarkozy et au président de l'Assemblée nationale, M. Bernard Accoyer, estimant qu'il s'agissait d'une « intolérable atteinte au suffrage universel » (dépêche AFP 28 mars 2008). *« Je suis victime d'une loi absurde appliquée avec une rigueur implacable par le Conseil constitutionnel. Mon mandataire financier est âgé de 72 ans et souffre de problèmes cardio-vasculaires : il ne pouvait pas se déplacer à chaque fois dans les supermarchés pour faire les courses lui-même. Le Conseil n'a pas tenu compte du certificat médical que nous lui avons fourni, contrairement au cas d'une autre députée à qui on reprochait les mêmes faits »*

³⁴⁸ Cons. const. 27 mars 2008, A.N. Rhône, 11^e circ., AJDA 2008, p. 1496, note B. Maligner.

Il n'en fallut pas davantage pour que, le 9 juin 2008, le président Accoyer adresse à M. Pierre Mazeaud une lettre dans laquelle il lui faisait savoir que sans « remettre en cause les principes généraux d'une législation qui a constitué une avancée considérable pour la transparence de la vie politique », il lui apparaissait « nécessaire d'envisager de simplifier et de clarifier certaines de ses dispositions et d'évaluer son application qui s'est nettement complexifiée. En outre, ajoutait-il, « certaines décisions d'inéligibilité peuvent revêtir un caractère disproportionné, surtout lorsqu'elles touchent des candidats élus dont la bonne foi ne paraît pas en cause ». « C'est pourquoi une réflexion approfondie semble aujourd'hui nécessaire ». Cette réflexion a été conduite par un groupe animé par M. le président Mazeaud et constitué par de fins connaisseurs de la matière électorale, M. le président Jean-Claude Colliard, ancien membre du Conseil constitutionnel, M. Yves-Marie Doublet, co-auteur avec M. le Conseiller d'Etat Laurent Touvet qui conclura nos travaux d'aujourd'hui, Mme Prada-Bordenave, maître des requêtes au Conseil d'Etat et de deux autres personnalités qui interviendront à ce colloque, M. le professeur Richard Ghevontian et Me Philippe Blanchetier. Les résultats de ses travaux ont été publiés sous le titre « Propositions de réforme de la législation sur le financement des campagnes électorales pour les élections législatives »³⁴⁹ et comporte 15 propositions concernant directement le financement des campagnes électorales.

Une réflexion du même type, mais de plus grand ampleur en raison de son objet qui déborde le cadre du seul financement des campagnes électorales, a, par ailleurs été entreprise par un groupe de travail créé le 14 octobre 2008 par la commission des Lois du Sénat. Ce groupe « sur l'évolution de la législation applicable aux campagnes électorales », pluraliste, réunissant des sénateurs de toutes tendances politiques, était composé de Mesdames Nicole Borvo Cohen-Seat, Anne-Marie Escoffier et de MM. Alain Anziani, Yves Détraigne et Jean-Pierre Vial, a rendu son rapport le 15 décembre 2010 et fait 22 propositions – sauf erreur de calcul – concernant directement la question du financement des campagnes électorales³⁵⁰.

Par conséquent, il est parfaitement clair qu'un large consensus existait pour apporter des modifications à la législation actuellement en vigueur. Mais il est tout aussi incontestable que les principaux inspirateurs des réformes à accomplir ont souhaité des modifications limitées de la législation sur le financement pour ne pas trop bousculer l'équilibre qu'ont progressivement réalisé les différents textes qui se sont succédé depuis 1988.

³⁴⁹ « Propositions de réforme de la législation sur le financement des campagnes électorales pour les élections législatives », La Documentation française, 2009.

³⁵⁰ Nicole Borvo-Cohen-Séat, Anne-Marie Escoffier, Alain Anziani, Yves Détraigne, Jean-Pierre Vial, *Droit des campagnes électorales : moderniser, simplifier, sanctionner*. Rapport d'information. Document Sénat, n° 186, 2010-2011, enregistré à la présidence du Sénat le 15 décembre 2010.

Tant et si bien qu'à la question de savoir s'il faut adapter la législation sur le financement des campagnes électorales, le Parlement a répondu par l'affirmative par le vote de ce qu'il est convenu d'appeler le « paquet électoral », constitué de trois textes votés définitivement le 5 avril 2011, et qui sont devenus la loi organique n° 2011-10 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et des sénateurs³⁵¹, soumis au Conseil constitutionnel le jour même, qui a rendu une décision n° 2011-628 DC le 12 avril 2011 de conformité, sous une réserve³⁵², la loi ordinaire n° 2011-411 du 14 avril 2011 ratifiant l'ordonnance n° 2009-936 du 29 juillet 2009 relative à l'élection des députés par les Français établis hors de France³⁵³, et la loi n° 2011-412 du 14 avril 2011³⁵⁴, issue d'une proposition de loi du président de la Commission des Lois de l'Assemblée nationale, M. Jean-Luc Warsmann, portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique.

La réforme de 2011 comporte des points forts et apporte des améliorations sensibles à l'état du droit positif (I), mais elle aurait probablement gagné à être d'une plus développée, plus riche en somme. Elle est donc, à notre sens, perfectible (II).

I. Les apports de la réforme d'avril 2011 à la législation sur le financement des campagnes électorales

La réforme du droit du financement des campagnes électorales présente des aspects novateurs certains. En effet, les lois du 14 avril 2011 ne se bornent pas à opérer une extension partielle de la législation aux élections sénatoriales (A). Elles apportent de notables simplifications à l'état du droit (B) et procèdent à un réaménagement sensible des sanctions financières et électorales susceptibles d'être infligées aux candidats qui ont négligé de se conformer à la législation (C).

A. L'extension partielle de la législation sur le financement des campagnes électorales

La législation relative au financement des campagnes électorales s'étend désormais aux élections sénatoriales (1°), mais ne va pas au-delà (2°).

1°) L'extension de la législation aux élections sénatoriales

³⁵¹ J.O. 19 avril 2011, p. 6826.

³⁵² Cons. const. déc. n° 2011-628 DC du 12 avril 2011, *Loi organique relative à l'élection des députés et des sénateurs*, J.O. 19 avril 2011, p. 6836. La réserve d'interprétation est énoncée au 6° considérant et concerne l'article 1^{er} de la loi organique.

³⁵³ J.O. 19 avril 2011, p. 6830.

³⁵⁴ J.O. 19 avril 2011, p. 6831.

A dire vrai, la loi n° 641 du 10 juillet 2000, qui avait déjà prévu que les dispositions des 2^e et 5^e alinéas de l'article L. 52-8 du C. électoral, relatifs aux dons, s'appliquent aux candidats aux élections sénatoriales et le Conseil constitutionnel, nul ne l'a souligné lors des débats, soumettaient déjà l'élection des sénateurs à certaines règles du droit du financement des campagnes électorales en 2001 et 2004³⁵⁵.

Mais la loi ordinaire du 14 avril 2011 va plus loin puisqu'elle étend globalement la législation relative au financement des campagnes électorales aux *élections sénatoriales*. Cette mesure symbolique de la volonté du Sénat de soumettre les candidats aux élections sénatoriales à une législation applicable depuis une vingtaine d'années aux candidats aux élections législatives, avait été préconisée notamment par le groupe de travail du Sénat (proposition n° 10, Rapport, p. 71). Elle a été adoptée sans grande difficulté et est codifiée à l'article L. 308-1 du code électoral qui indique sobrement, en son premier alinéa : « Le chapitre V bis du titre Ier du livre Ier est applicables aux candidats aux élections sénatoriales ». Le même article précise en outre, et notamment, que « le plafond des dépenses pour l'élection des sénateurs est de 10 000 euros par candidat ou par liste » et qu'il est majoré de 0,05 € par habitant du département pour les départements élisant trois sénateurs ou moins, de 0,02 € par habitant du département pour les départements élisant quatre sénateurs ou plus, et de 0,007 par habitant pour les candidats aux élections des sénateurs représentant les Français établis hors de France. Ces montants seront réactualisés tous les ans par décret³⁵⁶. Cette réforme n'entrera en vigueur que lors du renouvellement du Sénat qui suivra celui prévu pour septembre 2011.

2°) L'absence d'extension de la législation aux circonscriptions comprises en 3500 et 9000 habitants

Mais l'application de la législation sur le financement des campagnes électorales ne va pas plus loin. Elle ne s'étend aux élections dans les communes dont la population est comprise entre 3500 et 9000 habitants. Une proposition en ce sens avait été faite par le groupe du Sénat (proposition n° 9, p. 70 et 71), mais elle n'a pas été suivie d'effet immédiat. On peut souhaiter qu'elle le soit un jour, même si l'on peut penser que la CNCCFP n'y soit pas favorable puisque une telle réforme accroîtrait sensiblement sa charge de travail.

³⁵⁵ Cons. const. 8 nov. 2001, n° 2001-2594/2595/2596, *Sénat, Moselle, M. B. Foucault et M. R. Benmebarek*; JO 11 nov., p. 17098; Rec. Cons. const. 126 : la méconnaissance, par un candidat ou une liste de candidats, de ces dispositions est de nature à provoquer l'annulation des élections lorsque l'octroi de ces avantages a entraîné, dans les circonstances de l'espèce, une rupture d'égalité entre les candidats ayant altéré la sincérité du scrutin sénatorial. En la circonstance, d'une part, l'allégation du requérant d'après lequel le candidat élu a utilisé pour sa campagne des moyens du secrétariat dont il disposait en sa qualité d'élu n'est appuyée d'aucun commencement de preuve, d'autre part, eu égard à l'écart de voix entre les listes en présence, le fait qu'une association aurait financé trois numéros d'une publication en faveur de la candidature de l'élu n'a pu, dans les circonstances de l'espèce, altérer les résultats du scrutin; par suite, et sans qu'il y ait lieu de rechercher si cette association constitue ou non un parti ou un groupement politique au sens des art. 7 à 11-9 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988, le grief fondé sur la violation de l'art. L. 308-1 C. élect. ne peut être accueilli.

³⁵⁶ Pour l'application de l'article L. 308-1 en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis-et-Futuna, le plafond des dépenses pour l'élection des sénateurs est de 1 193 300 francs CFP par candidat et est majoré de 5,96 francs CFP par habitant de la collectivité (V. art. L. 439-1 du code électoral).

Un deuxième trait caractérise la réforme d'avril 2011 : les obligations pesant sur les candidats et leurs mandataires financiers sont simplifiées.

B. La simplification des obligations des candidats aux élections et de leurs mandataires financiers

La réforme est faite d'un assez grand nombre de petites mesures comme celles prévoyant que le montant des dons et le montant des dépenses électorales font l'objet d'une actualisation annuelle. Ainsi, l'article L. 52-8 du code électoral relatif au plafond des dons, prévoit dans sa rédaction issue du texte voté le 5 avril 2011 article 8 que les montants des dons (actuellement fixé à 4600 euros maximum), le montant des dons consentis par virement, prélèvement automatique ou carte bancaire qui s'élève à 150 euros et plus, ou encore le montant des dons en espèce lorsque le montant de ces dons est égal ou supérieur à 15 000 euros, seront réactualisés tous les ans par décret et qu'ils évolueront comme l'indice des prix à la consommation des ménages hors tabacs. Mais, par-delà ces mesures très ponctuelles, il est à remarquer que certaines d'entre elles visent à simplifier les obligations qui pèsent sur les candidats et leur mandataire financier, personne physique ou personne morale, autant préalablement à l'élection (1°), que postérieurement à celle-ci (2°).

1°) La simplification des démarches préalables à l'élection

La simplification des obligations pesant sur les candidats avant l'élection est opérée tant au profit des candidats qu'en faveur des mandataires financiers.

a) La désignation du mandataire financier, condition de la recevabilité de la candidature

En présence de textes dont le rapprochement est susceptible d'induire en erreur les candidats (l'article L. 52-6 prévoit que le candidat « déclare » le mandataire de son choix à la préfecture, tandis que l'article L. 52-4, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2003-1165 du 8 décembre 2003, art. 2, fait référence à la « désignation » du mandataire au plus tard à la date où la candidature est enregistrée), il était suggéré de toutes parts de clarifier la situation. Reprenant les préconisations de la CNCCFP, de la Mission Mazeaud³⁵⁷, du groupe de travail sénatorial³⁵⁸, et d'une partie de la doctrine³⁵⁹, le législateur a simplifié les textes dans la loi ordinaire portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique.

³⁵⁷ P. Mazeaud, *Propositions de réforme de la législation sur le financement des campagnes électorales*, La Documentation française 2009, p. 11.

³⁵⁸ V. Propositions 15 et 16, Rapport précité p. 74.

³⁵⁹ V. B. Maligner, *Réflexions sur l'état du droit relatif aux comptes de campagne*, RDP 2009, n° 4, spécialement p. 1085 et 1086.

Le candidat est désormais tenu de désigner le mandataire financier – qu’il s’agisse d’une personne physique ou d’une association de financement électoral – qu’il choisit *au moment de l’enregistrement de sa candidature*. La désignation du mandataire financier est donc, comme cela avait été recommandé de toutes parts, une condition de recevabilité de cette candidature (art. 11 de la loi ordinaire : à la première phrase du premier alinéa de l’article L. 52-4, les mots « désigne un mandataire financier » sont remplacés par les mots « déclare un mandataire financier conformément aux articles L. 52-5 et L. 52-6 ». Et c’est au moment de la déclaration de leur candidature aux élections, plus précisément au premier tour, des législatives et sénatoriales (nouvel art. L. 154 du C. élet.), cantonales (nouvel art. L. 210-1 du C. élect.), municipales (L. 265), régionales (L. 347), et à l’Assemblée de Corse (art. L. 370 du Code électoral) (art. 12. I, II, III, IV, V, VI de la loi ordinaire que devront être jointes aux autres documents à présenter « les pièces de nature à prouver que le candidat a procédé à la déclaration d’un mandataire en préfecture conformément aux articles L. 52-5 et L. 52-6, « ou, s’il n’a pas procédé à cette déclaration, les pièces prévues au premier alinéa de ces mêmes articles ».

La clarification réalisée par cette nouvelle règle va à l’avenir avoir pour effet de supprimer totalement une cause de rejet du compte et d’inéligibilité temporaire des candidats qui n’était pas totalement négligeable. Pour les élections législatives de 2007 en effet, l’absence de désignation d’un mandataire financier a entraîné le rejet de 34 comptes de campagne (soit 17,8 % du total des comptes rejetés)³⁶⁰.

b) Les simplifications profitables au mandataire financier

Deux simplifications notables paraissent au premier chef profitables au mandataire financier

**** Le droit à l’ouverture d’un compte bancaire ou postal***

³⁶⁰ V. Rapport de la CNCFP, 2007, La Documentation française, p. 41

Il n'a jamais été contesté que le mandataire financier fût tenu d'ouvrir un compte bancaire ou postal unique destiné à recueillir des fonds et à régler les dépenses. En revanche, la pratique a révélé une difficulté ayant des incidences sur le rejet du compte et l'inéligibilité des candidats. Dans un nombre relativement élevé de cas en effet, il s'est avéré difficile surtout pour les mandataires financiers de candidats généralement les moins connus et les plus démunis ou représentants de petites formations politiques de pouvoir ouvrir leur compte dans un établissement financier. Cette situation avait été dénoncée par la CNCCFP, le Conseil constitutionnel, le groupe sénatorial de réflexion³⁶¹ et par une partie de la doctrine qui avait cru pouvoir faire valoir que dans le cas où un candidat s'était trouvé empêché, du seul fait de la négligence ou du mauvais vouloir d'une banque, d'ouvrir un compte bancaire, le juge de l'élection jusqu'à modification du texte considère qu'il se trouve dans un cas de « force majeure électorale » pour qu'il échappe à l'inéligibilité³⁶². Il avait été demandé à la Banque de France et au ministère des finances d'étudier le cas des mandataires financiers pour la mise en œuvre de ce que l'on appelle le « droit au compte », institué par l'article L. 312-1 du code monétaire et financier afin de permettre une ouverture du compte unique obligatoire dans les meilleurs délais, dans les cas où des candidats rencontrent des difficultés pour ouvrir leurs comptes auprès des banques. Cette situation les contraint d'opérer des mouvements financiers irréguliers au regard de la législation et conduit le jeu de l'élection à rejeter leur compte et à prononcé une inéligibilité d'un an.

³⁶¹ V. Proposition n° 17 du Groupe de travail sénatorial, Rapport précité, p. 74 : « Affirmer, au sein du code électoral, le droit pour chaque mandataire de faire ouvrir un compte bancaire ou postal. L'effectivité de ce droit sera assuré par un organisme public en cas de défaillance des établissements bancaires privés ».

³⁶² V. B. Maligner, étude précitée, p. 1088.

Aussi bien, faut-il se réjouir que l'article 13 de la loi ordinaire ait prévu que « *tout mandataire financier a droit à l'ouverture de ce compte, ainsi qu'à la mise à disposition des moyens de paiement nécessaire à son fonctionnement, dans l'établissement des crédits de son choix. L'ouverture de ce compte intervient sur présentation d'une attestation sur l'honneur du mandataire qui ne dispose pas déjà d'un compte en tant que mandataire financier du candidat* ». Et le texte ajoute, ce qui est d'une très grande importance pratique, « *en cas de refus de la part de l'établissement choisi, le mandataire peut saisir la Banque de France afin qu'elle lui désigne un établissement de crédit situé dans la circonscription dans laquelle se déroule l'élection ou à proximité d'un autre lieu de son choix, dans un délai d'un jour ouvré à compter de la réception de la demande du mandataire et des pièces requises* ». Envisageant le cas d'une décision de clôture du compte à l'initiative de la banque, le même article 13 de la loi ordinaire précise : « *toute décision de clôture à l'initiative de l'établissement de crédit désigné par la Banque de France doit faire l'objet d'une notification écrite et motivée adressée au mandataire et à la Banque de France pour information. Un délai minimal de deux mois doit être obligatoirement consenti au mandataire. En cas de clôture, le mandataire peut à nouveau exercer son droit au compte dans les conditions prévues au présent article. Dans ce cas, l'existence de comptes successifs ne constitue pas une violation de l'obligation de disposer d'un compte bancaire ou postal unique prévue au 2^e alinéa. Les modalités de mise en œuvre de ce droit sont précisées par décret. Le contrôle du respect de ce droit est assuré par l'Autorité de contrôle prudentiel et relève de la procédure prévue à l'article 612 - 31 du code monétaire et financier* ». Voilà donc une judicieuse réforme pratique qui devrait normalement permettre à tout candidat de pouvoir entrer en compétition...

*** La possibilité de désigner des « sous-mandataires » pour les candidats à l'élection des députés représentant les Français établis hors de France**

Sans être une règle d'un intérêt crucial, le Parlement a adopté une mesure qui est apparue utile au bon déroulement du financement de la campagne électorale des candidats à l'élection des députés représentant les Français établis hors de France. En vertu de l'article 2 de la loi ordinaire n° 2011-411 du 14 avril 2011 ratifiant l'ordonnance n° 2009-936 du 29 juillet 2009 relative à l'élection des députés par les Français établis hors de France (nouvel article L. 330-6-1 du code électoral), par dérogation à l'article L. 52-4 du code électoral, « le mandataire peut autoriser par écrit une personne par pays de la circonscription, autre que le candidat ou son suppléant, à régler des dépenses mentionnées dans l'autorisation. Ces dépenses sont remboursées par le mandataire. Les autorisations sont annexées au compte de campagne ». Selon le 2^e alinéa de ce nouveau texte, « en outre, dans les pays où la monnaie n'est pas convertible, dans ceux où les transferts financiers en France sont impossibles et dans ceux où existe un contrôle des changes faisant obstacle en tout ou partie aux transferts nécessaires aux dépenses électorales, la personne autorisée mentionnée au premier alinéa peut, avec l'accord du mandataire, ouvrir un compte spécial dans le pays concerné pour y déposer les fonds collectés pour la campagne. Dans la limite des fonds disponibles, les dépenses mentionnées dans l'autorisation sont réglées à partir de ce compte spécial ». Enfin, l'avant-dernier alinéa de l'article L. 330-6-1 prévoit que « toutes les informations relatives à ces comptes et aux justificatifs des mouvements enregistrés sont transmises au mandataire du candidat pour être annexées au compte de campagne »³⁶³.

Si ces mesures facilitent l'office du mandataire financier, il n'est pas sûr, en revanche, qu'elles rendront plus aisé le contrôle des comptes de campagne par la CNCCFP. On peut même craindre le contraire³⁶⁴...

2°) La simplification des démarches postérieures à l'élection

A cet égard, quatre mesures très simples modifiant ou précisant l'état du droit doivent retenir l'attention.

a) L'obligation d'établir un compte de campagne ne pèse plus sur tous les candidats

³⁶³ En son dernier alinéa, l'article L. 330-6-1 précise qu' « un décret en Conseil d'Etat détermine, en tant que de besoin, les modalités d'application du présent article ».

³⁶⁴ V. en ce sens les remarques de la CNCCFP dans son Treizième Rapport d'activité, 2010, La Documentation française, 2011, p. 108.

D'une part, l'obligation d'établir un compte de campagne ne pèse plus sur tous les candidats mais seulement sur ceux d'entre eux qui ont obtenu au moins 1% des suffrages exprimés (article 10, 1°, a de la loi ordinaire du 14 avril 2011, modifiant l'article L. 52-12 du code électoral). Si le principe d'égalité entre les candidats en pâtit quelque peu, il est certain en revanche que cette nouvelle règle diminuera la charge de la CNCCFP. D'autre part, en vertu de l'article 10, 1°, b, modifiant le même article, l'obligation d'établir un compte de campagne « incombe au candidat ou au candidat tête de liste dès lors qu'il a bénéficié de dons de personnes physiques conformément à l'article L. 52-8 du présent code selon les modalités prévues à l'article 200 du code général des impôts ».

b) La dispense de déposer un compte de campagne présenté par un expert-comptable

Si le Parlement a cru utile de préciser un point qui ne l'avait pas été jusqu'alors en ce qui concerne l'obligation pour tous les candidats de déposer un compte de campagne présenté par un membre de l'ordre des experts-comptables et des comptables agréés pour les candidats à l'élection présidentielle (article 22 de la loi organique, ajoutant au 4^e alinéa de l'article 3 de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République, soumise au contrôle de constitutionnalité), il a en revanche sensiblement édulcoré la règle suivant laquelle tout candidat à une élection dans les circonscriptions de 9000 habitants et plus (ainsi qu'aux élections sénatoriales) est tenu de déposer un compte de campagne. Cette modification avait été recommandée par le Conseil constitutionnel dans ses Observations sur les élections législatives de 2007. Plus précisément, le Haut Conseil s'était prononcé en faveur de la dispense de dépôt du compte de campagne pour les candidats ayant obtenu moins de 1% des suffrages exprimés. Cette mesure a été présentée comme étant propre à soulager l'office de contrôle de la CNCCFP. Si elle avait existé en 2007, cela aurait entraîné une réduction de 2421 dossiers à traiter par la Commission et rendu sans objet la saisine du Conseil constitutionnel à 315 reprises. Parce que l'article 9 de la loi n° 88 - 227 du 11 mars 1988 subordonne le versement de la première fraction de l'aide publique aux formations politiques ayant obtenu au moins 1 % des suffrages mais dans au moins 50 circonscriptions, on peut en déduire que ces suffrages n'entrent pas dans le calcul de cette aide publique. De plus, le remboursement forfaitaire des frais de campagne n'intervient que si le candidat a recueilli plus de 5 % des suffrages exprimés en règle générale. Pour le Conseil constitutionnel « le non-dépôt du compte de campagne des candidats n'a donc aucune incidence sur les finances publiques ». Le groupe de travail constitué au Sénat s'est rallié à cette proposition (proposition n° 12, Rapport précité p. 72) en soulignant que le contrôle doit être concentré sur les candidats dont le compte présente les enjeux financiers les plus importants et que cette réforme « ne s'appliquerait pas aux campagnes pour les élections présidentielles, puisque tous les candidats aux élections bénéficient d'une prise en charge publique de leurs dépenses indépendamment du nombre de voix qu'ils ont obtenu ». Finalement, l'article 10 (2°, c) de la loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 (ajoutant une phrase au 2^e alinéa de l'article L. 52-12) prévoit que le candidat est dispensé de déposer un compte présenté par un expert-comptable « *lorsque le candidat ou la liste dont il est tête de liste a obtenu moins de 1 % des suffrages exprimés et (...) n'a pas bénéficié de dons de personnes physiques selon les modalités prévues à l'article 200 du code général des impôts* ». La formule retenue par le législateur pour maintenir l'obligation de présentation du compte par l'expert-comptable en cas de recueil de dons de personnes physiques (« selon les modalités prévues à l'article 200 du CGI ») pourrait être interprétée comme voulant dire que le candidat dont le mandataire n'aurait reçu que des dons en espèce de moins de 150 euros serait soustrait à toute obligation de dépôt de compte. Or, même dans cette hypothèse, le mandataire est tenu de délivrer un reçu-don au donateur, qui, cependant, ne bénéficie pas de l'avantage fiscal. La doctrine de la CNCCFP est qu'elle doit être en mesure de vérifier que tous les fonds provenant de personnes identifiées – par conséquent à l'exception des dons anonymes des collectes – ont été effectivement l'objet de reçus-dons et que leur utilisation est retracée dans le compte de campagne. Aussi bien l'adjonction des termes « selon les modalités prévues à l'article 200 du CGI » est-elle, à notre avis, malencontreuse.

c) Le rôle de l'expert-comptable est précisé

Des experts-comptables et comptables agréés l'article 10, 2°, b de la loi ordinaire n° 412 du 14 avril 2011 (complétant l'article L. 52-12 du code électoral) attend qu'ils mettent le compte de campagne « en état d'examen » et de s'assurer « de la présence des pièces justificatives requises », ce qui correspond au souci qu'avait exprimé le groupe de travail sénatorial (Rapport précité, proposition n° 18, p. 75).

Il aurait été possible d'attendre plus et de faire mieux en s'inspirant d'une autre suggestion faite par les sénateurs et de rechercher une plus grande implication des experts-comptables. Ceux-ci avaient préconisé (proposition n° 19, pp. 75 et 76 du Rapport) non seulement de rembourser à tous les candidats les frais d'expertise, voire de rendre facultatif le recours à un expert-comptable pour les candidats ayant obtenu moins de cinq pour cent des suffrages, mais encore et surtout de réglementer la rémunération des intéressés, en instituant un forfait qui se traduirait par un « barème de rémunération » évoluant soit en fonction du nombre d'habitants, soit en tenant compte du niveau des dépenses engagées. La Mission Mazeaud avait pour sa part (Rapport Mazeaud, p. 16) recommandé l'institution d'un « référentiel » qui aurait pu « contenir plusieurs missions : l'évaluation des procédures auxquelles sont soumis les mandataires ; l'analyse des opérations au tracé dans la comptabilité du mandataire ; le contrôle des documents justificatifs. Il serait également précisé que c'est à l'expert-comptable qu'il échoit d'établir le bilan comptable des opérations du mandataire et le compte de campagne du candidat. Il reviendrait enfin à l'expert-comptable d'exprimer son opinion sur le compte de campagne dans un rapport. Il ferait valoir dans celui-ci qu'il n'a pas relevé d'éléments de nature à remettre en cause la cohérence et la vraisemblance du compte de campagne et de ses annexes, ces dernières incluant le compte du mandataire ». En somme, « ces modifications pourraient être confortées par une mention à l'article L. 52 12, précisant que la mission de présentation des comptes de campagne et effectuer selon ce référentiel ». On peut regretter que ces recommandations n'aient pas été suivies...

d) L'uniformisation de la date de dépôt des comptes de campagne

Comme on le sait, aux termes des articles L. 52- 12 du code électoral, les candidats sont astreints à présenter leurs comptes de campagne au plus tard avant 18 heures le neuvième vendredi suivant le tour de scrutin où l'élection a été acquise. La Mission Mazeaud s'était emparée de cette question. Elle avait estimé que « pour des raisons pratiques, (...) il serait préférable de préciser que pour les scrutins donnant lieu à second tour, le délai expire le neuvième vendredi suivant le second tour et ce pour tous les candidats. Cette solution uniforme serait une source de simplification de la gestion des comptes de campagne, même si de fait elle revient à donner une semaine supplémentaire aux candidats élus au premier tour, pour établir leurs comptes » (Rapport de la Mission Mazeaud p. 14). La question n'a pas échappé à l'attention du groupe du travail mis en place au Sénat. Celui-ci a été d'avis d'uniformiser le délai de dépôt des comptes de campagne dans le souci de simplifier le travail de la CNCCFP. C'est la raison pour laquelle il a préconisé « que le délai limite pour le dépôt des comptes de campagne auprès d'elle (...) Pourrait ainsi être calculé non plus en fonction de la date à laquelle l'élection a été acquise (ce qui peut advenir à chacun des deux tours de scrutin), mais à compter de la date du premier tour » (Rapport, p. 71, Proposition n° 11). C'est le choix finalement fait par le Parlement. En effet, les dispositions de l'article L. 52 - 12, 2e alinéa, sont modifiées de telle sorte que la date ultime de dépôt des comptes de campagne est fixée au « 10e vendredi suivant le premier tour de scrutin ». Ainsi tous les candidats à toutes les élections sont soumis à la même règle quelle que soit la date à laquelle l'élection a été acquise, à une réserve près à laquelle on ne peut être attentif qu'à la lecture de la loi n° 2011-411 du 14 avril 2011 ratifiant l'ordonnance n° 2009-936 du 29 juillet 2009 relative à l'élection de députés par les Français établis hors de France. Pour ces derniers en effet, par dérogation au 2° alinéa de l'article L. 52-12, le compte de campagne doit être déposé avant dix-huit heures le quinzième vendredi qui suit le tour de scrutin où l'élection a été acquise (Loi n° 2011-411 du 14 avril 2011, art. 2, 6° insérant l'article L. 330-9 du code électoral).

Ces mesures sont toutes assez ponctuelles et de nature à rendre plus simple et plus lisible la législation relative au financement des campagnes. Mais, la réforme réalisée par les lois du 14 avril 2011 comporte un autre volet à mon sens beaucoup plus important qui concentrait toutes les critiques jusqu'alors formulées à l'encontre de la législation. Ce volet particulier de la réforme porte sur ce que l'on peut appeler le régime des sanctions, qui est assez substantiellement réaménagé.

C. Le réaménagement du régime des sanctions financière et électorale

Si, au détour d'une phrase déterminant les pouvoirs des juges, la loi ou plus exactement les lois organique n° 410 et simple n° 412 du 14 avril 2011, indiquent implicitement que la CNCCFP rejette à bon droit un compte de compte de campagne en cas de volonté de fraude ou de manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales (V. 5, 1° de la loi organique, mod. L.O. 136-1 du code électoral ; art. 16, 2° de la loi simple, modifiant l'art. 118-3 du code électoral), elles instituent un nouveau régime des sanctions financières et comptables, en créant notamment un système de modulation du remboursement forfaitaire des dépenses électorales, d'une part, et en mettant en place un nouveau régime de l'incapacité électorale, d'autre part.

1°) Le nouveau régime du remboursement forfaitaire des sanctions comptables et financières

Ce nouveau régime présente en réalité une double originalité. En effet, non seulement il donne à la CNCCFP le pouvoir de moduler le montant du remboursement forfaitaire des dépenses électorales en fonction du nombre et de la gravité des irrégularités, mais encore il donne compétence aux juges de l'élection pour fixer le montant de ce remboursement lorsque la CNCCFP n'a pas statué à bon droit sur le compte de campagne.

a) La fixation du montant du remboursement des dépenses par la CNCCFP en fonction du nombre et de la gravité des irrégularités

Le remboursement forfaitaire des dépenses électorales par la CNCFP, qui est au plus égal à 50 % du plafond des dépenses et ne peut excéder le montant des dépenses réglées sur l'apport personnel des candidats et retracées dans le compte de campagne (art. L. 52-11-1), est soumis à régime juridique à double facette. D'une part, le dispositif retenu en avril 2011 reprend, en l'aménagement quelque peu, le système antérieur en prévoyant la perte du droit au remboursement forfaitaire lorsque le candidat n'a pas obtenu 5 % des suffrages exprimés, ou lorsque le candidat ne s'est pas conformé aux prescriptions de l'article L. 52-11 (comme par le passé) – c'est-à-dire lorsque le montant du plafond des dépenses n'a pas été respecté – ou lorsque le compte n'a pas été déposé dans le délai prévu par l'article L. 52-12 ou dont le compte de campagne a été rejeté pour d'autres motifs. D'autre part, et c'est la nouveauté qui avait été préconisée de toutes parts, un nouvel alinéa de l'article L. 52-11-1, prévoit ce qu'il est convenu d'appeler « **un pouvoir de modulation du remboursement** » est attribué à la CNCFP. Celle-ci peut désormais – dans les cas où les irrégularités commises ne conduisent pas au rejet du compte « réduire le montant du remboursement forfaitaire en fonction du nombre et de la gravité de ces irrégularités ». Ceci donne à la Commission une marge d'appréciation et va la conduire à construire sa « doctrine » à ce sujet – ce qui obligera le chercheur à établir une « grille de lecture » des décisions de la Commission... Dorénavant, la CNCCFP n'est donc plus soumise à l'alternative « rejet du compte ; saisine du juge de l'élection », d'une part, « approbation/réformation du compte ; absence de saisine du juge de l'élection », d'autre part. Quand il ne rejettera pas un compte de campagne, il ne l'approuvera pas nécessairement pour autant ; il sera en droit de moduler, de faire varier le montant du remboursement en tenant compte du nombre et de la gravité des irrégularités relevées.

.....

b) La fixation du montant du remboursement par le juge de l'élection lorsque la CNCCFP n'a pas statué à bon droit

[illegible]

Mais on peut aussi se demander, même si tel n'est pas l'objectif recherché par le législateur comme on vient de le voir, si ce texte ne permettrait pas également au juge de l'élection, saisi par la CNCCFP du rejet d'un compte de campagne, de fixer le montant du remboursement forfaitaire dans le cas où il estimerait que le compte a été rejeté à tort, alors qu'il aurait dû être approuvé ou réformé. Dans cette hypothèse en effet, la CNCCFP n'a pas non plus « statué à bon droit sur le compte »... Si cette interprétation trouvait à s'appliquer, la CNCCFP disposerait d'un support juridique fort et définitif pour refuser ou réduire le montant du remboursement forfaitaire des dépenses électorales.

.....

Ce système se substitue-t-il à celui qui existait jusqu'à la réforme et qui ne faisait pas du juge de l'élection le juge du remboursement des dépenses électorales ou en crée-t-il un second, parallèle à celui existant ? Il ne fait pas de doute à notre avis que le contentieux juridictionnel du remboursement des dépenses électorales comporte dorénavant deux volets distincts. Selon le premier, le juge administratif (le tribunal administratif en premier ressort, la cour administrative en appel et le Conseil d'Etat en cassation) connaît, le cas échéant après un recours gracieux auprès de la CNCCFP, des décisions de réformation du compte de campagne sur recours du candidat concerné par la réformation de son compte par la voie d'un recours de plein contentieux qui devrait, dans quelques mois d'après les parlementaires, être simplifié et dispensé du ministère d'avocat, comme l'idée a été émise en doctrine. Le second volet fait du juge de l'élection le juge du remboursement des dépenses électorales dans le cas où la CNCCFP n'a pas statué à bon droit sur le compte de campagne.

Une autre nouveauté doit retenir l'attention. Elle concerne le régime juridique de l'inéligibilité.

2°) Le nouveau régime de l'inéligibilité, sanction électorale

L'idée directrice qui a orienté les travaux des instances et des parlementaires qui ont travaillé sur les changements à apporter à la législation sur le financement des campagnes électorales a été que l'inéligibilité ne doit plus être une sanction électorale automatique, si tant est qu'elle l'était jusqu'à présent, car, d'une part, le juge avait déjà la simple possibilité de prononcer une inéligibilité temporaire en cas de dépassement du plafond, et, d'autre part, la « bonne foi » ayant été introduite dans notre droit en 1996 – mais pas pour les élections législatives -, le prononcé de l'inéligibilité n'était pas systématique. Avec les lois du 14 avril 2011, le juge de l'élection tant constitutionnel qu'administratif a, affirme-t-on de toutes parts, la *faculté de la prononcer dans tous les cas de figure*. On peut en débattre sur un point, comme on va le voir, en raison d'une rédaction ambiguë ou maladroite qui donne accroire que l'inéligibilité doit obligatoirement être prononcée dans un cas...

Pour la clarté de l'exposé, il importe de déterminer les hypothèses dans lesquelles un candidat peut ou doit être déclaré inéligible d'une part (a), et de remarquer que, si, par la volonté du législateur, le juge de l'élection est habilité à fixer sa durée qui ne peut excéder trois ans, l'inéligibilité, dès lors qu'elle est prononcée par le juge, s'applique automatiquement à tous les mandats, d'autre part (b).

a) Les hypothèses dans lesquelles l'inéligibilité peut ou doit être prononcée

Trois hypothèses doivent être distinguées.

Le premier cas où l'inéligibilité peut être prononcée est celui où, soit à la suite d'une requête électorale classique, soit sur saisine de la CNCFP, le juge constitutionnel constate que le compte de campagne, le cas échéant après réformation, fait apparaître un *dépassement du plafond des dépenses électorales* (art. L.O. 136-1 du code électoral, art. 5, 1° de la loi organique du 5 avril 2011 ; pour les élections dont le contentieux ressortit à la compétence du juge administratif la règle est conservée, sauf en ce qui concerne le délai d'un an de l'inéligibilité : art. L. 118-3 dans sa rédaction issue de la loi ordinaire du 5 avril 2011, art. 16, 1°). Il en allait de même sous l'ancienne législation. L'avenir dira si, comme dans le passé, l'inéligibilité sera prononcée lorsque le candidat fautif aura sensiblement dépassé, de l'ordre de 13 %, le plafond des dépenses électorales (Cons. const. déc. n^{os} 93-1321-1498, 24 novembre 1993, AN Paris, 19^e circ. JO 27 nov., p. 16409; AJDA 1994. 224, note Maligner (17,79 %; taux revu à la baisse et fixé à 12,71 % à la suite de l'admission d'un recours en rectification d'erreur matérielle par (Cons. const. 17 déc. 1993, déc. n^{os} 93-1321-1498, AN Paris, 19^e circ.: JO 23 déc., p. 17936) ; Cons. const. 9 déc. 1993, déc. n^{os} 93-1328-1487, AN Loir-et-Cher, 1^{re} circ.: JO 10 déc., p. 17197; AJDA 1994. 226, note B. Maligner : (17,96 % en excédent) et si, en dépit des termes restrictifs retenus par le législateur, cette même sanction pourra être infligée à l'adversaire ou aux adversaires du candidat élu qui auraient également dépassé le plafond des dépenses électorales.

Le deuxième cas vise l'hypothèse où le *compte de campagne n'a pas été déposé dans les conditions et le délai prescrits à l'article L. 52-12* (compte présenté sans les justificatifs et sans avoir été présenté par un expert-comptable, par exemple, d'une part, et compte non déposé dans les délais ou postérieurement à l'expiration du 10^e vendredi à dix-huit heures suivant le première tour). Dans cette hypothèse encore, le juge constitutionnel de l'élection ou le juge administratif de l'élection a la *faculté* de déclarer le candidat fautif inéligible (Art. L. 118-3 nouveau 2^e alinéa ; art. 16 al. 2 de la loi ordinaire du 5 avril 2011 ; nouvel article L.O. 136-1, al. 2 issu de l'art. 5 la loi organique). L'avenir dira si la jurisprudence sera plus indulgente qu'elle ne l'est actuellement...

Le troisième cas est le plus novateur. En effet, le juge de l'élection pourra et même devra, si l'on veut bien considérer que le législateur, en employant les termes « Il (le juge de l'élection) *prononce* également l'inéligibilité », au lieu de « *peut prononcer* », écarte la simple possibilité de prononcer l'inéligibilité du candidat dont le compte de campagne aura été rejeté à bon droit « *en cas de volonté de fraude ou de manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales* » (nouvel art. L.O. 136-1, alinéa 3, issu de l'art. 5 la loi organique ; nouvel art. L. 118-3, nouveau 3^e alinéa, issu de l'art. 15 de la loi ordinaire). Pour le sénateur Hugues Portelli, « la loi organique instaure une présomption de bonne foi, définit la mauvaise foi (« *intention frauduleuse* ») »³⁶⁵.

³⁶⁵ Adoption définitive du « paquet électoral », JCP Administrations et collectivités territoriales, n° 16, 18 avril 2011, n° 286.

C'est assurément ce volet de la réforme qui est à l'origine de la mise en œuvre de la réforme du financement des campagnes électorales finalement réalisée par les lois du 5 avril 2011. Bien que le terme de « bonne foi » n'ait pas été retenu dans le texte définitif c'est incontestablement cette idée de bonne foi que le Conseil constitutionnel dans ses observations, la mission Mazeaud dans ses propositions de réformes, les travaux du groupe de travail du Sénat voulaient voir étendue au contentieux des élections parlementaires. Les travaux parlementaires le confirment. Mais l'on aboutit à un résultat très différent de celui recherché. On voulait à l'origine que le juge de l'élection dispose simplement de la faculté de prononcer l'inéligibilité. Au final, la simple possibilité se transforme en obligation de prononcer cette incapacité électorale : « Il prononce également l'inéligibilité du candidat... ».

L'idée de départ, au demeurant parfaitement légitime, était qu'il était impensable de limiter le bénéfice de la « bonne foi », termes introduits dans notre droit par la loi 96-300 du 10 avril 1996 aux seuls candidats aux élections locales et qu'il était d'autant plus impérieux de remédier à cette situation qu'à chaque fois que le Conseil constitutionnel était saisi de l'excuse de « bonne foi », il la rejetait faute d'avoir été étendue aux élections législatives par une disposition législative organique adéquate. La seconde idée, qui ressort aussi clairement des travaux de la mission Mazeaud et des débats parlementaires, est que la conception que le Conseil d'Etat s'est faite de la bonne foi a été considérée par les parlementaires comme trop restrictive (L. Touvet et Yves-Marie Doublet signalent dans leur *Droit des élections* trois cas de « bonne foi », j'en recense 5 - d'ailleurs repris par la Mission Mazeaud - , op. cit. p. 19) : les membres de la Mission ont relevé qu'entre 1996 et 2008, sur les 260 décisions rendues par le Conseil d'Etat, celui-ci n'a retenu la « bonne foi » que dans 14,6 % des décisions. Aussi, suivant la définition donnée à la « bonne foi » par le Conseil constitutionnel, l'inéligibilité ne devrait pas être prononcée « *lorsque la bonne foi est établie par l'absence délibérée de volonté de fraude, de manquement grave aux règles de financement des campagnes électorales et d'altération de la sincérité du scrutin* » (Rapport Mazeaud, p. 20), cette dernière référence à l'altération à la sincérité du scrutin ayant été ultérieurement écarté expressément par le groupe pluraliste du Sénat (proposition n° 34), désireux de ne pas corréliser la gravité des irrégularités avec les résultats du scrutin (p. 87 et 88). Puis-je dire, qu'appelé à donner mon avis sur cette définition par le groupe de travail du Sénat et le rapporteur des textes au Sénat, M. le doyen Gélard, j'ai cru devoir faire observer qu'une des trois conditions posées par la définition retenue par la mission Mazeaud, celle de l'absence d'atteinte à la sincérité du scrutin, n'avait pas de sens : la notion d'atteinte à la sincérité du scrutin ne jouant en contentieux électoral que dans le cas où le résultat de l'élection a pu être faussé, non seulement l'on pouvait se poser la question de savoir comment pourrait s'appliquer cette condition dans le cas où précisément aucune contestation n'a été formée contre l'élection, mais encore que cette condition ne pourrait dans la pratique jamais concerner un candidat battu puisque tout agissement même irrégulier de sa part ne peut affecter la sincérité de l'élection, c'est-à-dire la victoire de son adversaire... Au cours des débats parlementaires au Sénat, il a été proposé de substituer à la notion de « bonne foi », celle de « mauvaise foi » : l'inéligibilité ne serait prononcée que lorsque la mauvaise foi du candidat aura été établie... Renversement du fardeau de la preuve, à la charge du juge de l'élection (et, si l'on veut bien y songer, à la charge de la CNCCFP aussi avant sa saisine du juge de l'élection)...

Finalement, on s'est résolu à procéder à un « mixage » des termes évoqués ici et là, en retenant que l'inéligibilité sera prononcée lorsque le compte de campagne a été rejeté à bon droit en cas de volonté de fraude ou de manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales, c'est-à-dire dans deux hypothèses différentes qui ne se rejoignent pas nécessairement...

Dans l'esprit des parlementaires, cela signifie clairement que l'inéligibilité ne doit ou ne peut (selon l'interprétation que l'on donne à « il prononce également l'inéligibilité ») être prononcée que si le compte a été rejeté à juste titre (par la CNCCFP, sous le contrôle du juge de l'élection) et que il n'en sera ainsi que s'il y a eu volonté délibérée de fraude ou - j'insiste bien sur « ou » – manquement particulièrement grave aux règles relatives au financement des campagnes électorales. Faut-il penser qu'il s'agira des règles que la jurisprudence concordante du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat regarde comme posant des obligations substantielles auxquelles il est impossible de déroger ?

La jurisprudence aura évidemment à interpréter et à appliquer ces textes peut-être plus rapidement qu'on ne le croit. On sait en effet qu'à la suite de la décision du Conseil constitutionnel du 8 avril 2011 *QPC 117 M. Jean-Paul H...* (J.O. 9 avril 2011, p. 6362), jugeant conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution les dispositions des anciens articles L. 118-3, L. 340 notamment du code électoral, le Conseil d'Etat doit se prononcer sur le contentieux de l'élection régionale d'Île-de-France et en particulier sur la situation de M. Huchon. On pourrait penser que l'assemblée du contentieux aura seulement à suivre ou à ne pas suivre les conclusions du rapporteur public M. Edouard Geffray qui a recommandé de prononcer l'annulation de l'élection de M. Huchon, de ne pas reconnaître sa bonne foi et de le déclarer inéligible pour une durée d'un an. Mais on peut aussi penser que lorsque l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat se tiendra le 1^{er} juillet prochain, sera posée à la Haute juridiction la question de l'applicabilité au cas d'espèce de la législation nouvelle si elle est considérée comme « plus douce ». C'est la question classique de la rétroactivité de la loi « *in mitius* », dont on sait qu'elle est applicable en contentieux électoral (V. conclusions S. Fratacci sur CE Sect. 10 juin 1996, El cant. de Toulon, 3^e canton, RFDA 1996, p. 697 ; plus spécialement pp. 706 et ss.).

Quoi qu'il en soit, il faut insister sur un second point

b) L'inéligibilité peut être prononcée pour une durée maximale de trois ans et concerne tous les mandats électifs

D'une part, le législateur a autorisé le juge de l'élection à faire varier la durée de l'inéligibilité jusqu'à trois, soit trois fois plus qu'avant la réforme. En effet, l'article 16 de la loi ordinaire, nouveau 4^e alinéa de l'article L. 118-3, de même que l'article 5 de la loi organique modifiant l'article L.O. 136-1 du code électoral, disposent que « l'inéligibilité déclarée sur le fondement des trois premiers alinéas du présent article est prononcée pour une durée maximale de trois ans – au lieu d'un an actuellement – et s'applique à toutes les élections » (« toutefois, elle n'a pas d'effet sur les mandats acquis antérieurement à la date de l'élection ». Tenant compte du droit comparé, nous avons – timidement – suggéré à la Mission Mazeaud (V. RDP 2009, p. 1106) qu'une inéligibilité de plus d'un an était parfaitement concevable sans croire que cette suggestion pourrait retenir l'attention, car les chercheurs sont généralement peu entendus !

Cela étant, si le « plafond » de la durée de l'inéligibilité ne peut excéder cinq ans, il reste à remarquer que sa durée « plancher » n'est nullement fixée. Le législateur a-t-il voulu dire que la durée de l'inéligibilité peut varier entre un an (comme dans l'état du droit antérieur à la réforme d'avril 2011) et trois ans ? Rien dans les travaux parlementaires préalables au vote des lois ne permet de l'affirmer. Ou la rédaction retenue autorise-t-elle le juge de l'élection à prononcer une inéligibilité inférieure à un an, de quelques jours ou quelques semaines ? Pour éviter toute équivoque, et si telle était la volonté du législateur (et nous croyons que telle était sa volonté), il aurait été judicieux d'écrire que l'inéligibilité peut être fixée entre un et trois ans.

D'autre part, sur un autre point, les lois nouvelles sont plus lourdes que le dispositif antérieur. Voulant délibérément mettre un terme à la jurisprudence *Panizzoli*, rendue aux conclusions conformes de M. Ronny Abraham (CE Ass. 23 octobre 1992, *Panizzoli*, AJDA 1993, p. 142, RFDA 1993, p. 469, concl. R. Abraham) qui a posé comme règle que l'inéligibilité ne s'applique que par catégorie de mandat (déclaré inéligible au conseil municipal un intéressé n'était inéligible jusqu'ici que comme conseiller municipal et non comme conseiller régional ou député), les lois organique n° 410 et ordinaire n° 412 du 14 avril 2011 précisent que l'inéligibilité susceptible d'être prononcée à l'encontre d'un candidat ayant transgressé la législation sur le financement des campagnes électorales pour une durée de trois ans au maximum « s'applique à toutes les élections », mais « n'a pas d'effet sur les mandats acquis antérieurement à la date de la décision » (art. 5, 1° de la loi organique modifiant l'art. LO 136-1 du code électoral ; art. 16, 2° de la loi ordinaire modifiant l'art. L. 118-3 du code électoral). C'est une raison supplémentaire pour laquelle, pour faire suite aux échanges que nous avons eus pendant le colloque à ce sujet, il nous semble que la rétroactivité *in mitius* des lois du 14 avril 2011 que nous avons évoquée ne trouvera pas, à coup sûr, à s'appliquer dans l'affaire des *Elections régionales d'Île-de-France* que l'assemblée du contentieux du Conseil d'Etat doit examiner le 1^{er} juillet 2011.

Pour le reste, c'est-à-dire pour ce qui est des autres sanctions électorales qui dérivent du prononcé de l'inéligibilité, les lois du 14 avril 2011 n'apportent aucun changement : l'annulation de l'élection du candidat élu, si son élection a été contestée ; sa démission d'office, dans le cas contraire.

Telles sont les caractéristiques principales de la nouvelle législation. Les ajustements, simplifications apportées à l'état du droit ne sont pas négligeables. Est-ce à dire que les modifications introduites dans notre droit du financement des campagnes électorales sont suffisantes ? On peut penser que le dispositif législatif pouvait être encore amélioré.

II. Une réforme législative perfectible

Les pistes de réforme ne manquent pas et vont un peu dans tous les sens. Nous nous proposons de ne faire ici état que de certaines d'entre elles. Certaines concernent la CNCCFP et le contrôle des comptes (A), d'autres portent sur les dépenses électorales (B), visent à abandonner des jurisprudences contestables (C) et d'autres enfin intéressent les « micros-partis » (D).

A. Des propositions de réforme concernant la CNCCFP et le contrôle des comptes

1°) Des propositions de réforme concernant la CNCCFP

En ce qui concerne la CNCCFP, deux propositions ont été faites ? L'une vise à fondre l'actuelle CNCCFP dans une seule autorité administrative indépendante, tandis qu'une autre recommande d'étoffer et ouvrir la CNCCFP à des personnalités politiques.

a) La proposition de MM. Dosière et Vaneste : une nouvelle institution de contrôle

Dans leur volumineux rapport « *Les autorités administratives indépendantes : pour une indépendance sous la garantie du Parlement* » (Doc. A.N. Rapport d'information, n° 2925, du 28 octobre 2010, p. 73), MM. René Dosière et Christian Vanneste ont souhaité s'inspirer du modèle canadien et de la province du Québec qui ont institué un Directeur général des élections, pour préconiser le regroupement au sein d'une Haute autorité en charge de la surveillance de la vie politique et des élections des AAI (CNCCFP, Commission de contrôle de la campagne électorale relative à l'élection du président de la République, Commission des sondages et de la Commission pour la transparence de la vie financière, voire la Commission chargée en application de l'article 25 de la Constitution d'émettre un avis motivé sur le découpage des circonscriptions. Pour ces députés, une synergie résulterait de ce regroupement, des économies d'échelle seraient à attendre et son président serait élu par le Parlement à la majorité qualifiée des trois cinquièmes. L'idée est apparemment séduisante, mais il est douteux qu'elle aboutisse en raison des résistances que ce projet susciterait.

b) L'ouverture de la CNCCFP à des personnalités politiques

Plus modeste est la proposition de modifier la composition de la CNCCFP. Formulée par la Mission Mazeaud (Rapport, p. 24), la modification de la composition de la CNCCFP n'a pas recueilli l'adhésion du groupe du Sénat (Proposition n° 40, Rapport p. 92). Il s'agissait d'envisager la désignation, en plus des 9 magistrats composant l'actuelle CCNCFP, de deux anciens parlementaires, l'un de la majorité, l'autre de l'opposition, en vue d'ouvrir l'institution à des personnalités qui ont eu une forte expérience de la vie politique et des campagnes électorales. Cette préconisation est restée lettre morte, car le groupe de travail du Sénat s'y est montré très défavorable en considérant que cela politiserait l'institution qui « devait rester essentiellement technique ».

2°) Des propositions concernant le contrôle des comptes de campagne

Elles sont apparemment très techniques, mais elles sont d'un intérêt théorique et pratique majeur. Elles portant respectivement sur le droit d'accès au compte, d'une part, la dispense du ministère d'avocat dans les recours contre les décisions de la CNCCFP approuvant après réformation les comptes de campagne et le rétablissement de la compétence directe du Conseil d'Etat, d'autre part.

a) Le droit d'accès au compte

La Mission Mazeaud avait envisagé que les candidats puissent avoir un droit d'accès au compte de campagne de leurs adversaires de manière à pouvoir plus utilement contester la régularité de ceux-ci. Elle proposait que les intéressés puissent consulter les comptes de campagne auprès de la CNCCFP. Le président Logerot pour sa part n'était pas favorable à cette idée estimant que la Commission finisse par être complètement débordée... Le groupe de travail du Sénat s'est rallié à cette opinion car cela serait une incitation à la formation de contentieux peu légitimes et risquerait d'être utilisé à des fins politiques (Rapport p. 69). Cette opinion n'était pas partagée par tous les membres du groupe de travail (par exemple Mme Borvo Cohen-Séat).

S'il faut dire les choses comme je les pense, permettez-moi d'indiquer que j'avais développé, autant devant les membres de la Mission Mazeaud que le groupe de travail du Sénat, une opinion selon laquelle un recours pourrait être institué contre les décisions d'approbation simple ou après réformation en faveur des candidats battus et le déclarer recevable lorsque l'élection du candidat élu ou de la liste majoritaire risque d'être annulée. Pour quelle raison ? Tout simplement parce que dans l'hypothèse de l'annulation d'une élection et de la déclaration d'inéligibilité du candidat celui-ci ne peut plus être candidat, alors que tous ses adversaires peuvent concourir et qu'il n'est pas totalement certain que leur compte de campagne a été approuvé à bon droit. Permettre dans ce cas au juge de l'élection d'examiner les comptes de tous les candidats permettrait de purger les vices éventuels des comptes et de placer tous les candidats sur un pied d'égalité.

b) *La dispense du ministère d'avocat dans les recours contre les décisions de la CNCCFP approuvant après réformation les comptes de campagne et le rétablissement de la compétence directe du Conseil d'Etat*

Nous avons suggéré à la Mission Mazeaud de proposer de dispenser du ministère d'avocat les recours formés contre les décisions de réformation des comptes de campagne³⁶⁶. Cette réforme a recueilli l'adhésion des membres du Parlement (V. Rapport de Charles de La Verpillière, n°s 3256, 3257 et 3258, p. 68). Pourtant, elle est reportée, à la demande de la commission des Lois du Sénat qui estime qu'il revient au pouvoir réglementaire de la réaliser. On rappellera ici que la décision par laquelle la Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques approuve, après réformation, le compte de campagne d'un candidat peut être contestée par ce dernier par la voie d'un recours de plein contentieux directement porté non plus devant le Conseil d'État (CE 1er avril 2005, *Mme Le Pen*, req. n° 273319: *Lebon* 136 ; *AJDA* 2005. 1306, *note Maligner* ; *JCP* 2005. IV. 2143; *RFDA* 2005. 685, *rubr. Terneyre*), mais devant le tribunal administratif de Paris en application du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 (mod. art. R. 311-1 du CJA). Le juge administratif de plein contentieux est seul compétent pour réformer une décision de la CNCCFP approuvant après réformation un compte de campagne et pour fixer le montant du remboursement forfaitaire des dépenses électorales auquel a droit un candidat (CE 10 août 2005, *M. Le Drian*, req. n° 275734: *Lebon* T. 893 ; *AJDA* 2005. 2071, *note Maligner* ; *Gaz. Pal.* 18 mai 2006, *J.* n° 138, p. 16). Cette réforme nous paraît utile autant parce qu'elle unifierait le régime juridique des requêtes électorales dispensées du ministère d'avocat et que parce qu'elle réduirait les frais engagés par les justiciables. Par ailleurs, nous ne verrions qu'avantage à ce que ces recours soient de nouveau portés directement devant le Conseil d'Etat. Il en résulterait un règlement beaucoup plus rapide de ce type de litige, ce qui éviterait la saisine successive éventuelle du tribunal administratif de Paris, de la cour administrative d'appel de Paris, avant d'aboutir au Conseil d'Etat par la voie du recours en cassation.

B. Les propositions portant sur les dépenses électorales

L'une concerne la notion même de dépense électorale, l'autre a trait à la prise en compte des dépenses électorales de tiers.

1°) La notion de dépenses électorales remboursables

³⁶⁶ V. B. Maligner, *Réflexions sur l'état du droit relatif aux comptes de campagne*, RDP 2009, spécialement pp. 1109 et 1110.

Comme on le sait, la notion de dépenses électorales n'a pas été définie par les lois relatives au financement des campagnes électorales. Si, en doctrine, on a pu les définir comme des dépenses qui, exposées par les candidats, avec leur accord et par ceux qui le soutiennent, dans l'année qui précède l'élection jusqu'au jour où celle-ci est acquise, et qui servent à promouvoir la personne ou le programme d'un candidat, voire sa sécurité³⁶⁷, la jurisprudence les a comprises – en les assimilant à des dépenses remboursables – comme celles qui ont pour finalité l'obtention des suffrages des électeurs (CE 27 juin 2005, *Gourlot*, *Rec. T.* p. 892 ; 10 août 2005, *Le Drian*, *Rec. T.* ; p. 893, *AJDA* 2005, note B. Maligner ; *BJCL* 2005. 561, concl. Chauvaux). Pour la CNCCFP, cette notion de dépenses électorales remboursables semble trop large car elle permet d'englober des dépenses qu'elle juge véritablement étrangères au débat d'idées qui doit ou devrait caractériser une campagne électorale³⁶⁸. Ainsi, elle considère que des dépenses telles que l'achat de porte-clés, de stylos, de briquets ne sont pas des dépenses électorales, mais la jurisprudence ne la suit pas dans cette analyse³⁶⁹. Et l'on comprend aisément pourquoi : de semblables dépenses visent certainement à promouvoir l'image ou la personne du candidat. Il est regrettable que le législateur ne s'empare pas de cette question et il est sûr qu'en adoptant la position de la CNCCFP, le législateur contribuerait à réduire le montant des dépenses électorales remboursables...

2°) La prise en compte des dépenses électorales de tiers

La Mission Mazeaud, s'inspirant d'un dispositif mis en place au Canada et au Royaume-Uni, a préconisé dans son Rapport (p. 8) la prise en compte de dépenses engagées par des tiers. Selon elle, « l'inclusion de ces tiers permettrait d'intégrer dans notre législation des sources de dépenses électorales jusqu'ici exclues du champ de la loi mais qui peuvent s'avérer de plus en plus significatives compte tenu de la place croissante de la société civile dans le débat électoral, à travers les contributions des associations, des organisations non gouvernementales et professionnelles ». Prévenant l'objection qui consiste à faire valoir qu'adopter une telle logique reviendrait à légitimer les dons des personnes morales supprimés en 1995, la Mission répond « que c'est déjà aujourd'hui le cas si la dépense n'a pas été approuvée par le candidat. Il ne s'agit pas, au surplus, de financements directs aux candidats mais de financements indirects qui s'invitent dans la campagne électorale et peuvent influencer le résultat du scrutin ». Mais, c'est bien parce qu'elle a été comprise comme rétablissant sous une autre forme le financement des campagnes électorales par des personnes morales que cette proposition n'a pas obtenu le soutien des parlementaires...

C. L'abandon de jurisprudences contestables

³⁶⁷ B. Maligner, *Droit électoral*, Ellipses, Coll. Cours magistral, 2007, n°s 467 et ss.

³⁶⁸ V. Treizième Rapport 2010, La Documentation française, p. 75.

³⁶⁹ Ainsi, la somme de 10 491 euros correspondant à l'achat d'articles tels que des stylos, des briquets, des porte-clés, évoquant les candidats ou leur formation politique et utilisés au cours de la campagne, doit être prise en compte dans l'assiette des dépenses ouvrant droit au remboursement forfaitaire de l'Etat (CE Sect. 3 décembre 2010, *M. Le Pen : req. n° 336 853*, *AJDA* 2010. note B. Maligner).

Parmi les solutions jurisprudentielles rendues en matière de financement des campagnes électorales, il en est que l'on peut considérer comme contestables et qui, pour cette raison, mériteraient d'être abandonnées, voire rendues caduques par des modifications appropriées des textes sur lesquelles elles se fondent.

1°) L'abandon de la jurisprudence *Batteux* (1996) relative aux inéligibilités

Pour le Conseil d'Etat, en disposant que « le candidat ne peut être membre de sa propre association de financement électorale », le législateur, par l'article L. 52-5 du code électoral, a entendu frapper d'inéligibilité tout candidat qui contreviendrait à cette interdiction. En conséquence, tous les candidats concernés d'une même liste sont déclarés inéligibles : aussi bien le candidat tête de liste que ses colistiers, membres de l'association de financement électorale. Cette solution est, selon nous, trop radicale. D'une part, il est dans la logique de la loi de faire de la tête de liste le responsable juridique de la liste au sens de la législation financière électorale. D'autre part, le Conseil d'Etat s'est montré « jurislatureur » en ce que, si *le législateur* a en effet établi une incapacité électorale, celle-ci n'est pas une inéligibilité, mais une incompatibilité des fonctions de mandataire financier avec la qualité de candidat. Or, il y a dans cette jurisprudence quelque chose de contraire à un grand principe de droit électoral en vertu duquel les inéligibilités doivent être établies par la loi et non pas par le juge. Ce n'est pas le cas ici. C'est pourquoi, il pourrait être prévu que l'inéligibilité ne frappe que le candidat responsable de la liste, c'est-à-dire le candidat tête de liste. Et ce d'autant plus que dans son avis *Batteux*³⁷⁰, le Conseil d'Etat en tire deux conséquences supplémentaires : l'annulation de l'élection des intéressés (ou la démission d'office) et la proclamation des suivants de liste, dont l'abandon pourrait aussi être préconisé.

2°) L'abandon de la jurisprudence de « la proclamation du suivant de liste »

En l'état de la jurisprudence du Conseil d'Etat, lorsqu'un candidat tête de liste à une élection municipale ou à une élection régionale, donc dans un scrutin de liste, est déclaré inéligible pour un an pour avoir transgressé la législation financière électorale, il y a lieu, s'il a été élu, d'annuler son élection ou de le déclarer démissionnaire d'office et de le remplacer par le premier candidat non élu de sa liste en application des dispositions des articles L. 270 pour les élections municipales³⁷¹, L. 360 pour les élections régionales ; la même règle vaut aussi pour les élections à l'assemblée de Corse³⁷² en vertu de l'article L. 380 et le serait aussi sur le fondement de l'article L.O. 498 par exemple (loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007) pour l'élection des conseillers territoriaux à Saint-Barthélemy³⁷³.

³⁷⁰ CE avis contentieux, Ass. 5 février 1996, *Rec.* p. 30 ; *RFDA* 1996 p. 255, note B. Maligner.

³⁷¹ CE 31 juillet 1996, *Elections municipales d'Auxerre*, *Rec.* p. 322.

³⁷² CE Sect. 4 décembre 1992, *Géronimi et autres*, *AJDA* 1993. 142.

³⁷³ Même chose pour Saint-Martin, art. L.O. 525 du C. élect. et pour Saint-Pierre-et-Miquelon, art. L.O. 553 du C. élect.

Cette situation est doublement anormale³⁷⁴. D'une part, elle n'est pas très « morale » en ce qu'elle « sanctionne » par une sorte de « prime » la liste qui a bénéficié d'une irrégularité dans le financement de sa campagne électorale. D'autre part et surtout, elle est « anachronique » au sens premier du terme, car elle applique des dispositions – particulièrement celles de l'article L. 270 du code électoral pour les élections municipales – qui ont été adoptées par la loi n° 82-974 du 19 novembre 1982, c'est-à-dire par une loi qui ne pouvait absolument pas envisager la législation sur le financement des campagnes électorales adoptée dans sa première mouture huit ans plus tard en 1990... C'est la raison pour laquelle il serait souhaitable que le « remplacement par le suivant de liste » ne puisse être décidé par le juge de l'élection et que le siège soit déclaré purement et simplement vacant. Cette situation n'est, d'ailleurs, pas inconnue et ne serait pas inédite : elle avait été proposée par le président Michel Boyon dans ses conclusions sur la décision d'Assemblée *Elections municipales du Plessis-Robinson*³⁷⁵ et adoptée par le Conseil d'Etat.

3°) L'extension de l'inéligibilité annale au suppléant du candidat titulaire

Le Conseil constitutionnel juge que lorsqu'un candidat élu a méconnu la législation financière électorale, il peut être déclaré inéligible pendant un an, et que, suite à la démission d'office prononcée à son encontre ou à l'annulation de son élection, il n'est pas en droit de se représenter à l'élection rendue nécessaire par la vacance du siège qu'il détenait. Mais il ne juge pas plus : il ne décide pas que son suppléant l'est aussi, tant et si bien qu'en l'état du droit jurisprudentiel ce dernier peut se présenter à l'élection législative partielle.

Or cette situation n'est pas très saine³⁷⁶, non seulement parce qu'il n'est pas exclu que le suppléant ait lui aussi bénéficié de l'irrégularité commise en matière de financement de la campagne électorale – et cela en toute impunité – mais encore parce que, sur un plan strictement juridique, il est porté atteinte au *principe de solidarité juridique* qui unit le candidat titulaire et son remplaçant au moins depuis la date à laquelle leurs candidatures ont été enregistrées. Ce sont les raisons pour lesquelles il n'y aurait qu'avantage à ce que, lorsqu'un candidat titulaire est déclaré temporairement inéligible par le juge de l'élection, son suppléant le soit aussi. Morale et droit se conjoiendraient.

4°) L'unification de jurisprudences divergentes sur le financement des campagnes électorales par des structures locales des partis politiques

³⁷⁴ CE 14 juin 1993, *M. Contini*, LQJ 26 mai 1994, n° 42, p. 3, obs. B. Maligner.

³⁷⁵ CE Ass. 27 janvier 1984, *Elections municipales du Plessis-Robinson*, AJDA 1984. 338.

³⁷⁶ V. Cons. const. décis. n° 93-1316 du 16 novembre 1993, *A.N. Alpes-de-Haute-Provence*, 1^{ère} circ., LPA 1994, n° 8, p. 20, note B. Maligner.

On voudrait ici mettre en exergue la contrariété de jurisprudences entre le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel sur le financement par les antennes locales des partis des candidats qui s'en réclament. Pour le premier, si un démembrement local d'un parti politique (en l'espèce le Parti républicain) n'a fait appel ni à un mandataire financier déclaré en préfecture, ni à une association de financement électorale agréée par la CNCCFP, il n'est point un parti. Par suite, s'il finance la campagne d'un candidat, ce dernier reçoit des financements d'une personne morale de droit privé irrégulièrement. En conséquence, l'intéressé est déclaré inéligible³⁷⁷. Mais pour le second, la solution est différente, car il analyse ces formations locales, comme la « représentation locale » (en l'espèce du PCF)³⁷⁸ d'un parti politique. Il faut mettre fin à ce conflit de jurisprudence assez fâcheux. La solution libérale adoptée par le Conseil constitutionnel mériterait d'être consacrée dès lors que la structure locale est identifiée dans le périmètre comptable du parti national.

5°) La question des frais de transport des personnalités politiques

Selon une jurisprudence concordante du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, les frais liés au déplacement et à l'hébergement de représentants de formations politiques se rendant dans une circonscription ne constitue pas, pour les candidats que ses représentants viennent soutenir, une dépense électorale qui doit figurer dans leurs comptes de campagne (Cons. const. déc. n° 2009-4533, 14 octobre 2009, A.N., *M. Foulon*, J.O. 23 octobre 2009, p. 17834 ; CE 20 octobre 2010, *El. des membres du conseil régional de Picardie, M. Guinot* : req. n° 338292 : à propos du déplacement de certains membres du gouvernement). Même avec les meilleures dispositions d'esprit, nous ne parvenons pas à nous convaincre du bien-fondé de cette jurisprudence, qui, observons-le au passage, ne rejoint pas la doctrine de la CNCCFP. On ne parvient pas à comprendre pourquoi le déplacement d'une personnalité politique, d'un ministre en exercice venu soutenir un candidat dans une circonscription par exemple, ne constitue pas une dépense électorale. On a peine à croire que la venue d'une telle personnalité dans une circonscription n'ait pas vocation à capter le suffrage des électeurs... Et l'on est fondé à penser qu'une semblable dépense n'est pas électorale par la seule volonté du « jurislatureur »...

D. La question du financement des campagnes par les « micros-partis ».

³⁷⁷ CE 5 mars 1997, *Elections municipales de Villejuif*, req. n° 176 838.

³⁷⁸ Cons. const. 13 février 1998, A.N. *Val-d'Oise*, 5^e circ., *Rec. Cons. const.* p. 139.

Le retentissement médiatique de ce que la presse a appelé « l'affaire Eric Woerth » et les nombreuses prises de position des responsables politiques de tous bords qui ont pris la forme d'un véritable feuilleton journalier au cours du printemps et de l'été 2010 pouvaient assez légitimement donner accroire de la question du financement des micros partis politiques et du financement des campagnes électorales par ces petites structures politiques, qu'on peut évaluer à environ 250 (par opposition à la quarantaine de grandes formations politiques nationales ou celles implantées outre-mer, qui bénéficient des deux fractions de l'aide publique consentie par l'Etat³⁷⁹), ferait l'objet d'un examen. Au cours de l'été 2010, Mme Guigou d'un côté, M. Bayrou, sans parler de M. Méhaignerie (« C'est une façon dérivée de dépasser le fonctionnement qui est exceptionnel et régulier du financement des partis » 20 juillet 2010), de l'autre – pour ne citer que ces personnalités – ont estimé qu'il convenait de mettre fin aux micros partis. Mais, l'été passé, l'hiver venu, c'est plutôt dans le sens contraire que le vent souffle désormais. En janvier 2011, 18 janvier, Le Parisien révélait que M. Copé entendait donner un nouveau souffle à son « club » politique « Génération France »³⁸⁰.

Sans entrer dans le détail et sans dissenter à l'infini sur la notion de « micro-parti », il s'agit certainement de groupes politiques, clubs de réflexion, démembrements des partis politiques classiques qui soutiennent l'action de personnalités politiques souvent au plan local qui vivent des subsides de sympathisants ou de cotisations de membres et qui sont susceptibles de recueillir des fonds en vue de financer les campagnes électorales de leur principal animateur. On les rencontre à droite comme à gauche ; mais probablement plus à droite qu'à gauche. Et l'on ajoutera que le micro-parti ou parti satellite peut recevoir – par l'intermédiaire de son mandataire financier si celui-ci est une association de financements électorale – l'excédent d'un compte de campagne d'un candidat par voie de dévolution.

³⁷⁹ Pour 2011, la première fraction de l'aide publique est de 34,73 millions d'euros, tandis que la seconde d'élève à 40,13 millions d'euros en vertu du décret n° 2011-113 du 27 janvier 2011, JO 29 janvier 2011. La première fraction de l'aide publique revient, d'une part, aux 14 partis politiques qui ont présenté des candidats dans au moins 50 circonscriptions métropolitaines, d'autre part, aux 28 formations politiques qui ont présenté des candidats uniquement outre-mer. La seconde partie de l'aide est répartie entre 22 groupements représentés par des formations au Parlement.

³⁸⁰ La publication générale des partis et groupements politiques au titre de l'exercice 2009 (J.O. 29 décembre 2010, annexe au n° 301, p. 182 de la Publication précitée, qui fait état de 10 330 € de cotisations d'adhérents, de 600 € de contributions d'élus, de 238 591 € de dons de personnes physiques et de 37 678 autres produits, ce qui lui permet certainement de financer sans grande difficulté 162 390 € de dépenses de propagande et de communication...

On peut penser que ces structures partisans sont aussi constituées dans une perspective électorale afin, au moins en partie, de dédoubler le circuit de financement de listes de candidats à des élections. Ainsi, le mouvement « *Changer, c'est possible* », animé par Mme Valérie Pécresse, signale à l'intention de la CNCCFP qu'il a contribué au financement de la campagne conduite par Mme Pécresse pour les élections régionales de 2010³⁸¹. Dans le « compte de résultats d'ensemble » (op. cit. p. 102) on peut lire en effet que ce mouvement a perçu 390 991 € de dons de personnes physiques et que ces dons ont notamment contribué à aider financièrement des mandataires de candidats dans des circonscriptions de plus de 9000 habitants à concurrence de 20 000 €, et à prendre en charge directement des dépenses électorales, à concurrence de 275 215 €.

Dans le Neuvième rapport d'activité de la CNCCFP, on peut lire : "la liberté de création des partis politiques a pour conséquence de faciliter le détournement de la loi en favorisant la création de parti satellite : une même personne physique peut ainsi financer plusieurs partis en versant à chacun le montant plafond des dons autorisés, les partis bénéficiaires reversant ensuite le l'argent récolté au « parti central » »³⁸². C'est ainsi que Laurent de Boissieu, dans « La Croix » du 6 juillet 2010, a relevé que les petits partis peuvent reverser aux plus grands partis ce qu'il touche et qu'ainsi l'UMP a bénéficié de 6520 € de la formation de Mme Boutin et de 19 941 € de la part du parti radical de Jean-Louis Borloo. Dans son plus récent rapport d'activité pour 2010, le treizième, la CNCCFP consacre quelques développements à la situation des « micros-partis ».

Dans quand son 13e Rapport d'activité 2010, la CNCCFP consacre des développements particuliers aux micros partis. Elle souligne que leurs ressources « sont globalement limitées puisqu'un quart des formations politiques reçoit 98,40% des recettes totales » et estime qu'il n'est pas « non plus prouvé que ces formations, hors celles ayant pour particularité de bénéficier de l'aide publique pour la rétrocéder à d'autres formations, refinancent les grands partis nationaux. A l'inverse un certain nombre de « micros-partis » reçoivent des fonds non négligeables provenant des grandes formations politiques ». La CNCCFP rappelle également que « l'absence de limitation du nombre des partis pouvant recevoir d'une même personne physique, chaque année, des dons pouvant atteindre chacun d'eux 7500 € et assortis de l'avantage fiscal favorise certainement la constitution de nombreuses petites formations ». Et elle s'interroge : « n'est-il pas préférable de constater l'existence de partis qui se soumettent à la loi sur la transparence financière et dont les comptes sont publiés et certifiés par les commissaires aux comptes plutôt que de formations à vocation politique exclues du champ d'application de la loi et dont les modalités de financement et d'utilisation de leurs ressources ne font l'objet d'aucune exigence particulière ? ». Comme le souligne la CNCCFP, « la Constitution, en son article 4, garantit la liberté des formations d'activité des partis et groupements politiques, sous la seule réserve du respect des principes de la souveraineté nationale et de la démocratie »³⁸³.

³⁸¹ Avec d'ailleurs une faute d'orthographe, in La publication générale des partis et groupements politiques au titre de l'exercice 2009 (J.O. 29 décembre 2010, annexe au n° 301 précitée, p. 101).

³⁸² Neuvième rapport, 2005 - 2006, La Documentation française, p. 38.

³⁸³ Treizième Rapport, La Documentation française, pp. 101 et 102.

Quoi qu'il en soit, il est regrettable que cette question n'ait nullement intéressé les parlementaires au moment de l'examen du « paquet électoral » de 2011...

Tôt ou tard, il reviendra au législateur de se préoccuper de cette question. Mais d'ores et déjà, deux pistes de réflexion pourraient être explorées.

D'une part, pour Marie-Laure Fages³⁸⁴, qui voit en eux le symptôme d'une involution démocratique et un palliatif démocratique, les micros-partis constituent une nouvelle structure que le législateur est invité à réglementer. Parce que l'existence des micros-partis a précédé l'essence juridique, il convient de créer un statut juridique qui leur soit propre. Cette auteure fait des propositions concrètes en ce sens³⁸⁵. D'autre part, à défaut d'examen d'ensemble de la question, il serait envisageable de modifier le régime des dons des personnes physiques aux partis politiques sans en modifier le montant. Plus concrètement, il pourrait être proposé d'autoriser une personne physique à contribuer à hauteur de 7500 euros au financement non pas d'un parti mais pour tous les partis politiques. Un riche donateur ne pourrait donc plus accorder par exemple 7500 euros à un « grand parti » et autant à tout autre parti, par exemple 5 fois 7500 euros en finançant le parti principal et quatre partis satellites, mais une fois pour toute 7500 euros. La limitation du montant du don s'apprécierait donc par personne, par donateur et non par parti. On, pourrait attendre d'une semblable mesure de désargenter les « micros-partis » accusés de tous les maux...

S'il m'a semblé qu'il n'était pas absolument nécessaire de réviser une législation qui a fait ses preuves, il faut convenir que l'esprit de réforme, alimenté par des critiques sévères à l'encontre tant de l'action de la CNCCFP, jugées sévères, que de certaines décisions souvent incomprises du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, s'est puissamment renforcé par les suggestions de la CNCCFP, du Conseil constitutionnel et par les travaux des missions Mazeaud ainsi que ceux du groupe de travail pluraliste mis en place au Sénat. Toutes ces contributions, quelquefois approfondies par des débats parlementaires intéressants, ont fortement amélioré tant le projet de loi organique relatif à l'élection des députés que la proposition de loi portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence de la vie politique, présentée par M. Warsmann au sein du paquet électoral voté le 5 avril dernier en 2^e lecture à l'Assemblée nationale. Les apports de la réforme ainsi réalisée par les lois du 14 avril 2011 ne sont point négligeables dans la mesure où ils opèrent d'utiles simplifications de notre droit du financement des campagnes électorales et mettent en place un régime, présenté comme plus ajusté, des sanctions comptables, financières et électorales applicables aux candidats fautifs. Il incombe désormais aux juges des élections de les appliquer et de les interpréter. Mais il reviendra au législateur de revenir sur son ouvrage car celui-ci semble encore perfectible, comme toute œuvre humaine...

³⁸⁴ Marie-Laure Fages, *Les micros-partis politiques, une involution démocratique ?* Revue politique et parlementaire, 2010, n° 1056, p. 128-141.

³⁸⁵ Marie-Laure Fages, *Les micros-partis politiques, une involution démocratique ?* Revue politique et parlementaire, 2010, n° 1056, p. 139 spécialement.

Faut-il adapter l'interdiction de l'utilisation de moyens publics ?

Par Jean-Marie Crouzatier, professeur, Université Capitole Toulouse I, et
André Cabanis, professeur, Université Capitole Toulouse I.

Didier était au bord de la crise de nerfs : à moins d'une heure du début de son premier meeting de campagne, il était toujours sur le parking de l'aéroport ; l'avion était arrivé avec deux heures de retard, et voilà que sa voiture refusait de démarrer. Il allait téléphoner au garagiste quand il pensa à appeler Georges, le policier municipal, qui était sûrement en maraude sur le parking du supermarché. Quinze minutes plus tard, il roulait dans la voiture de police, son véhicule solidement arrimé à l'arrière ; Georges le laisserait au garage après avoir déposé Didier à la mairie... Malgré l'heure, il prit le temps de s'arrêter quelques minutes à la maison de retraite pour remercier les responsables de l'association des aînés qui s'étaient cotisés pour prendre en charge l'impression et la distribution d'un dépliant vantant ses réalisations pour le troisième âge ; en sortant, il faillit bousculer Julienne, la vétérinaire, mais eut la présence d'esprit de lui donner les porte-clés de l'office de tourisme qu'elle lui avait demandés pour ses enfants : de très jolis porte-clés dorés, aux armes de la commune, portant au verso sa photo le jour où il avait été élu maire de la commune. Au moment où il entrait dans la salle communale et entamait la campagne afin de demander aux électeurs le renouvellement de son mandat, Didier Lélou, le bien nommé, venait de commettre ou de faire commettre trois infractions caractérisées à la réglementation relative aux campagnes électorales. Et ces infractions concernaient l'utilisation des moyens publics.

En matière de campagne électorale, la loi encadre strictement les règles du jeu. Les dispositions adoptées depuis 1988 (loi organique n° 88-226 et loi n° 88-229 du 11 mars 1988 relatives à la transparence financière de la vie politique) visent à assurer la transparence (au sens de moralisation) des opérations financières réalisées pendant et à l'occasion des campagnes électorales ; elles visent également à limiter les dépenses électorales (selon un plafond fixé par la loi et contrôlé par la commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, la CNCCFP). Cette dernière contrainte peut inciter les candidats déjà pourvus d'un mandat à utiliser les moyens publics à leur disposition. La loi du 15 janvier 1990 a posé un premier principe clair : l'interdiction de tout don ou avantage direct ou indirect d'une personne morale de droit public au profit des candidats ; le législateur a souhaité mettre ainsi un terme à l'utilisation des facilités offertes par la collectivité au profit des élus en place pour renouveler leur mandat. Dans un second temps, la loi du 19 janvier 1995 a étendu cette interdiction à toutes les personnes morales de droit privé. Étaient alors visées les aides dont pouvaient bénéficier certains candidats de la part d'entreprises ou d'associations non habilitées. Enfin, le législateur est venu clarifier les règles du jeu préalablement aux élections municipales de 2001 : désormais, le code électoral permet aux élus-candidats, sous certaines conditions, de présenter un bilan de leur mandat.

Cette présentation sommaire ne signifie pas que le dispositif soit parfait ; la CNCCFP le rappelle dans chacun de ses rapports d'activité : plusieurs dispositions du code électoral relatives aux comptes de campagne des candidats aux élections politiques mériteraient d'être revues ; et il faudrait que les modifications qui apparaîtraient opportunes soient adoptées rapidement, étant données les échéances majeures des élections présidentielles et législatives prévues en 2012... Telle est

bien la phrase finale du rapport publié par la CNCCFP en janvier 2010 à propos des élections municipales et cantonales de 2008 et européennes de 2009 : après avoir rappelé les demandes de réformes déjà présentées parfois depuis plusieurs années, la CNCCFP appelle de ses vœux une révision générale des textes et ajoute : « Une telle initiative serait d'autant plus opportune que se poursuit la préparation de la codification des dispositions législatives et réglementaires non encore incorporées au code électoral, et que le temps disponible pour mener à bien une révision des règles est relativement restreint puisque deux années à peine s'écouleront avant les échéances majeures que seront les élections présidentielle et législatives prévues en 2012 » (p. 101). Dans la mesure où, un an plus tard, les choses n'avaient guère évolué, l'on pouvait se demander s'il était encore temps. En fait, il faut rappeler que la loi n° 95-65 du 10 avril 1996 sur la possibilité de prendre en compte la bonne foi des candidats aux élections municipales pour leur éviter l'inéligibilité est intervenue alors que la CNCCFP achevait justement le contrôle des élections municipales de juin 1995 (rapport au président de l'Assemblée nationale du groupe de travail présidé par Pierre Mazeaud, 2009, p. 20). C'est dire que les textes peuvent intervenir au-delà du dernier moment. Pour autant, il n'est pas sûr qu'il soit opportun, par rapport à l'image de la classe politique au sein de l'opinion publique, que les parlementaires votent aux lendemains des élections un texte qui pourrait être interprété comme une loi d'amnistie. Pourtant, c'est bien ainsi que se présente la loi n° 2011-412 du 14 avril 2011. Au-delà de la question sur la possibilité d'en faire bénéficier certains présidents de Conseils régionaux menacés d'inéligibilité, elle remplace la possibilité pour le juge de ne pas prononcer l'inéligibilité « du candidat dont la bonne foi est établie » (art. L 118-3 du code électoral) par l'introduction d'une condition supplémentaire à l'inéligibilité : le « cas de volonté de fraude » ou le « manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales » (art. 16 de la loi). Un tel libellé pourrait aller dans le sens d'une plus grande et plus facile prise en compte de l'absence de volonté de fraude, du moins dans la mesure où le juge tiendra compte des intentions du législateur.

L'analyse des règles relatives à l'utilisation des moyens publics et de leur application s'appuie sur les textes en vigueur, rassemblés dans le code électoral : le chapitre V (« Propagande »), notamment les articles L. 50 et L. 52-1 ; le chapitre V bis (« Financement et plafonnement des dépenses électorales »), notamment les articles L. 52-8 (al. 2 et 5), L. 52-12 et L. 52-17 ; le chapitre VII (« Dispositions pénales »), notamment l'article L. 106. Ces textes font régulièrement l'objet d'interprétation de la part des juges ; la jurisprudence du Conseil constitutionnel (élections présidentielles et législatives) et des juridictions administratives (élections municipales, cantonales, régionales et européennes) est donc une source essentielle, non seulement de connaissance mais... d'édification : on y trouve en effet un véritable florilège en matière de détournement des moyens publics au profit des candidats, la palme revenant (en l'état actuel de nos connaissances) à Jack Lang, candidat à la députation dans la première circonscription du Loir-et-Cher en 1993. Qu'on en juge (Cons. Const., décision 93-1328, 9 décembre 1993) : organisation par une association subventionnée par la commune de Blois (dont le maire est candidat) de trois excursions à Paris, avec visites organisées et spectacles, au profit des personnes âgées de la première circonscription ; conception, impression et distribution par la commune de plusieurs publications - notamment une brochure intitulée « un plan local pour la sécurité » - qui comportent de nombreuses photos du candidat ; réalisation d'un sondage d'opinion auprès d'un échantillon des électeurs sur la

popularité du candidat... La lecture des rapports régulièrement publiés par la CNCCFP est tout aussi instructive ; ces rapports présentent un bilan de l'activité de la commission, mais soulignent aussi les lacunes (ou quelquefois les incohérences) de la réglementation et proposent donc des améliorations. Ces dernières peuvent être évoquées en distinguant deux formes d'utilisation des moyens publics : d'une part pour la propagande du candidat (I), d'autre part pour sa campagne électorale (II).

I. L'UTILISATION DES MOYENS PUBLICS POUR LA PROPAGANDE DU CANDIDAT

L'article L. 52-1 du code électoral prévoit que « pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'une élection et jusqu'à la date du tour de scrutin où celle-ci est acquise, l'utilisation à des fins de propagande électorale de tout procédé de publicité commerciale par la voie de la presse ou par tout moyen de communication audiovisuelle est interdite. A compter du premier jour du sixième mois précédant le mois au cours duquel il doit être procédé à des élections générales, aucune campagne de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité ne peut être organisée sur le territoire des collectivités intéressées par le scrutin. Sans préjudice des dispositions du présent chapitre, cette interdiction ne s'applique pas à la présentation, par un candidat ou pour son compte, dans le cadre de l'organisation de sa campagne, du bilan de la gestion des mandats qu'il détient ou qu'il a détenus. Les dépenses afférentes sont soumises aux dispositions relatives au financement et au plafonnement des dépenses électorales contenues au chapitre V bis du présent titre ».

Le souci du législateur est d'éviter que les élus sortants et qui sont candidats au renouvellement de leur mandat, soient privilégiés grâce aux moyens de communication de la collectivité, c'est-à-dire utilisent la communication institutionnelle. Cette disposition interdit non seulement la promotion du candidat, mais aussi celle des réalisations du candidat en tant qu'élu et de sa gestion de la collectivité. Sont visées les collectivités dont les élus sont candidats, mais aussi leurs établissements publics et les établissements publics de coopération intercommunale. Sous forme de mise en garde, le *Guide du candidat* proposé par la CNCCFP précise les conditions pour que le journal d'une collectivité territoriale n'ait pas le caractère d'une dépense électorale : « dès lors qu'il ne contient que des informations institutionnelles et qu'il ne fait pas allusion à la campagne d'un candidat ou à son programme. Dans le même sens, le journal peut continuer à comporter une rubrique « éditorial » à condition que son contenu n'ait aucune connotation électorale » (*Guide du candidat*, 2011).

Le juge a précisé son interprétation de la notion de « campagne de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité » (CE, 11 février 2002, M. Beuillard ; CE, 6 février 2002, Elections municipales de Pont-de-Chérury). Pour distinguer ce qui relève de la communication institutionnelle de la collectivité et de la communication électorale du candidat, le juge applique les principes d'antériorité (la communication n'est pas organisée dans la perspective des élections et ne constitue pas une nouveauté), d'identité (le support a-t-il évolué dans sa forme et/ou sa diffusion à l'approche des élections ?), de régularité (la communication s'est-elle intensifiée à l'approche des élections ?), de neutralité enfin (le contenu est neutre et strictement informatif). En cas de communication litigieuse, le juge doit apprécier non seulement l'ampleur de l'opération de communication (combien d'électeurs ont-ils été touchés ?), mais aussi la nature

polémique de l'information diffusée. Le *Guide méthodologique. Missions de l'expert-comptable dans le cadre des comptes de campagne* publié en janvier 2008 par l'ordre des experts comptables, présente les trois principes d'antériorité, de régularité et de neutralité sous forme de trois questions plus directes, que chaque candidat est invité à se poser : « ai-je déjà fait cela ? », « la forme est-elle la même ? » et « la communication contient-elle des propos électoraux ou pas ? » (p. 129). Les sanctions sont lourdes : rejet du compte de campagne ; inéligibilité ; dans les cas les plus graves : emprisonnement et amendes, annulation du scrutin.

Les bulletins municipaux

Il est rare qu'une commune diffuse une lettre de propagande électorale (CE, 24 octobre 2001, M. Alaize) ou qu'elle prenne en charge l'impression de plaquettes sur le bilan du mandat (CE, 21 décembre 2001, élections municipales de Kingersheim) : l'infraction est évidente... En revanche, les bulletins municipaux habituellement adressés aux électeurs mais qui prennent, en période électorale, plus ampleur et un tour plus offensif, constituent l'exemple le plus courant de communication litigieuse : c'est le cas lorsque leur seul but est de mettre en valeur le candidat (CE, 6 février 2002, Elections municipales de Pont-de-Chéruy ; *a contrario*, pour des faits similaires, CE, 9 octobre 2002, Elections municipales de Nice) ou ses réalisations comme gestionnaire de la collectivité (CE, 5 juin 1996, Elections municipales de Morhange). C'est particulièrement vrai lorsque le bulletin comporte un éditorial polémique du maire-candidat (Cons. Const., 21 novembre 2002, AN, Oise), ou de nombreuses photos avantageuses de l'élu (CE, 5 juin 1996, Elections municipales de Morhange ; CE, 16 octobre 2006, Elections municipales de Loon ; *a contrario*, toutefois, CE, 20 mai 2005, Election cantonale de Dijon). L'interprétation du juge est déterminante ; lorsqu'elle est différente de celle de la CNCCFP, elle conduit parfois à des situations paradoxales : un candidat dont les comptes ont été approuvés par la commission peut être remboursé ; mais ce candidat est déclaré inéligible par le Conseil d'État pour irrégularité de ce même compte, plusieurs bulletins municipaux et un dépliant présentant, pour le juge, un caractère électoral (CE, 10 juillet 2009, Commune de Briançon). La commission est d'autant plus désarmée face à une situation si choquante qu'elle ne peut s'autosaisir pour annuler la décision de remboursement qu'elle a prononcée au profit du candidat convaincu par la suite d'avoir présenté des comptes irréguliers et donc annulés par le juge. Seul le candidat pourrait la saisir ce qu'il se gardera évidemment de faire. La CNCCFP demande une réforme législative et propose deux solutions alternatives. La première consisterait à charger le juge de l'élection d'enjoindre le candidat dont les comptes ont été approuvés à tort de reverser à l'Etat le montant du remboursement dont il a profité sans y avoir finalement droit. La deuxième pourrait prendre la forme d'une compétence reconnue à la commission lui permettant de procéder comme en cas de dépassement du plafond, et d'arrêter la somme que le candidat doit au trésor au titre de la répétition de l'indu. Le préfet serait alors chargé d'arrêter le titre de perception correspondant (rapport 2009, p. 96). C'est la première solution qui a inspiré les auteurs de la loi du 14 avril 2011 : « lorsqu'il constate que la commission instituée par l'article L 52-14 n'a pas statué à bon droit, le juge de l'élection fixe le montant du remboursement dû au candidat » (art. 15 de la loi modifiant l'art. L 118-2 du code électoral).

L'alinéa 2 de l'article L. 52-1 indique clairement que l'interdiction ne s'applique pas à la présentation par le candidat du bilan de la gestion des mandats qu'il détient

ou qu'il a détenus. Cette formulation est le résultat d'une proposition de loi présentée par le groupe socialiste en octobre 2000 : ces derniers s'élevaient moins contre la formulation de l'article L.52-1, alinéa 2, issu de la loi du 15 janvier 1990 (« à compter du premier jour du sixième mois précédant le mois au cours duquel il doit être procédé à des élections générales, aucune campagne de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité ne peut être organisée sur le territoire des collectivités intéressées par le scrutin »), que contre l'interprétation qu'en faisait le Conseil d'Etat : « une plaquette valorisant les réalisations et la gestion d'une commune, nonobstant la circonstance qu'elle n'avait pas été financée par la commune mais par les participations individuelles des élus sortants et des sympathisants » constitue une promotion publicitaire (CE, 2 octobre 1996, Elections municipales de Bassens) ; « la diffusion d'une publication présentant les réalisations de l'équipe municipale sortante, nonobstant la circonstance qu'elle n'avait pas été financée par la ville » est une campagne publicitaire prohibée (CE, 18 décembre 1996, Elections dans le XVIème arrondissement de Paris).

Appliquant restrictivement la disposition précitée, le Conseil d'Etat n'acceptait (22 novembre 1995, Elections cantonales de Bois-Colombes) que les publications ayant, par exemple, « pour unique objet de répondre au tract d'une association locale mettant en cause la gestion d'un dossier d'urbanisme par la commune ». Il était donc interdit aux candidats aux élections municipales et cantonales, lorsqu'ils étaient sortants et qu'ils sollicitaient à nouveau les électeurs, de rendre compte de leur mandat par d'autres voies qu'orales ou par l'intermédiaire de la profession de foi habituelle : cette situation aboutissait à une rupture du principe d'égalité entre les candidats à une élection, puisque les candidats qui n'étaient pas sortants avaient le droit d'organiser des campagnes de promotion publicitaire mettant en cause la gestion des sortants sans que ceux-ci aient le droit de faire valoir le bilan de leur action... Il y avait évidemment dans cette jurisprudence une extension assez singulière de l'interdiction d'utilisation des moyens publics. A partir de la prohibition par le législateur de faire l'éloge, dans des documents payés par la collectivité, des actions déjà conduites, le Conseil d'Etat en était arrivé à paraître interdire, y compris dans un document publié par le candidat à ses frais, toute référence au travail effectué dans le cadre d'un précédent mandat, comme si le refus d'utilisation des moyens publics pouvait s'étendre au fait que les réalisations évoqués avaient été réalisées sur budget public. Aux yeux de beaucoup, la possibilité de se fonder sur le bilan des années précédant le vote constitue au contraire un élément du choix démocratique.

La proposition adoptée en janvier 2001 visait donc à préciser que l'interdiction d'organiser une campagne de promotion publicitaire ne s'applique pas à celle mise en œuvre par les élus des collectivités locales et visant à rendre compte de leur mandat et à valoriser leurs réalisations, sous réserve que cette campagne ne soit pas financée sur fonds publics et que les dépenses de cette campagne publicitaire s'imputent sur le compte de campagne de la liste ou du candidat. Mais le « bilan » politique présenté doit clairement émaner du candidat et non de la collectivité. C'est parce que tel n'était pas le cas que le président du conseil régional d'Île-de-France, Jean-Paul Huchon, est mis en cause dans une opération de promotion des transports en Île-de-France, financée par le Conseil régional, au début de la campagne pour les élections régionales en 2010. Début décembre 2010, le rapporteur public du Conseil d'Etat a recommandé d'invalider les comptes de campagne de M. Huchon parce qu'il n'y avait pas intégré cette opération publicitaire d'un montant de 1,5 millions d'euros qui -selon le magistrat- était pourtant de nature à

favoriser sa réélection à la tête de la région en mars 2010. L'intéressé et ses amis politiques font valoir l'imprécision des textes et réclament une proposition de loi pour « clarifier les règles » en la matière. La loi du 14 avril 2011 fondant l'inéligibilité sur une volonté de fraude pourrait aller en ce sens.

Les mêmes principes prévalent en ce qui concerne les manifestations locales et inaugurations diverses : il faut éviter la confusion entre la communication institutionnelle et la propagande électorale. C'est ainsi que les inaugurations doivent évidemment être justifiées par le calendrier de fin des travaux. Les manifestations doivent respecter les principes de continuité et de régularité (ainsi que de neutralité, bien sûr). La bonne application de cette règle se heurte cependant à quelques difficultés pratiques. Ce serait faire insulte à la capacité d'anticipation des élus que d'imaginer qu'ils ne tiennent aucun compte dans l'organisation des travaux qu'ils lancent, de la date des élections suivantes, de façon à ce que l'inauguration ne se situe pas trop avant le vote et ne soit pas oubliée, en tout cas pas après. Il est vrai que les aléas des calendriers réels tels que les entreprises de travaux publics peuvent les mettre en œuvre, déçoivent parfois les prévisions, malgré toutes les pressions dont elles peuvent faire l'objet.

L'utilisation des moyens de communication informatique d'une collectivité

Les fichiers informatiques sont devenus un outil privilégié de communication électorale. Sans qu'il soit besoin de revenir sur les recommandations de la commission nationale Informatique et Libertés concernant la prospection politique (délibération 2006 - 228 du 5 octobre 2006) et les dispositions du code pénal (notamment l'article 226 - 21) faisant du « détournement de la finalité déclarée du fichier » dans le cadre d'une campagne électorale un délit, l'utilisation du fichier informatique d'une collectivité constitue une aide prohibée (CE, 30 septembre 2002, Elections municipales de Seyssinet ; CE, 30 janvier 2002, Elections municipales de Sainte-Geneviève-des-Bois). En revanche, la communication de la liste électorale est toujours possible, à condition de ne pas en faire un usage commercial (article R. 16 du code électoral).

S'agissant, par ailleurs de l'utilisation du site internet d'une collectivité, il n'existe pas sur ce point de texte particulier ; seulement quelques rares décisions de justice. Quand une collectivité ouvre ou met à jour son site internet, la jurisprudence impose le respect des quatre règles déjà énoncées : antériorité (pas de mises à jour spécifiques pour les élections), régularité (pas de mises à jour inhabituelles), identité et neutralité. Par ailleurs, la loi du 14 avril 2011 a apporté quelques précisions sur l'extension du droit commun applicable à la propagande électorale à « tout message ayant le caractère de propagande électorale diffusé par tout moyen de communication au public par voie électronique » (art. 2 de la loi modifiant l'art. L 48 du code électoral).

Le concours en nature de personnes morales

Depuis deux décennies, nombreux sont les candidats - notamment, mais pas seulement, au plan national - qui publient un ouvrage avant une échéance électorale. La question est de savoir si ces ouvrages devraient être pris en compte dans les dépenses électorales. La CNCCFP (rapport 2007) y répond en s'inspirant des principes posés par le Conseil constitutionnel lors des présidentielles de 1995 et 2002 : si l'ouvrage n'a pas de caractère politique, aucune dépense ne doit figurer au compte de campagne ; si le livre comprend des réflexions politiques - et ce, même s'il ne présente pas le programme du candidat - il doit figurer au compte de

campagne ; *a fortiori*, lorsque l'ouvrage constitue une présentation détaillée du programme du candidat, il doit figurer au compte de campagne. Concernant l'imputation des dépenses relatives à l'ouvrage, deux hypothèses sont à envisager : si l'ouvrage est publié à compte d'auteur, le mandataire règle les frais correspondants ; en cas de contrat avec la maison d'édition, les dépenses devraient être imputées au compte afin de vérifier le non dépassement du plafond, mais ne devraient pas figurer parmi les dépenses remboursables puisque payée par une personne morale. En conséquence, elles sont considérées comme un « concours en nature ». Paradoxalement, elles sont donc inscrites au compte de campagne, mais ne sont pas remboursables. Dans son rapport 2007, la commission fait une proposition : l'obligation pour tous les candidats de publier à compte d'auteur les ouvrages présentant leurs programmes afin que les coûts et les ressources correspondants soient inscrits au compte de campagne et soient pris en compte pour le remboursement.

II. L'UTILISATION DES MOYENS PUBLICS POUR LA CAMPAGNE DU CANDIDAT

Le code électoral interdit « la fourniture de biens, services ou autres avantages directs ou indirects à des prix inférieurs à ceux qui sont habituellement pratiqués » (article L. 52 - 8). La règle paraît simple. Dans les faits, elle est parfois difficile à mettre en œuvre ce qui incite les institutions en charge du contrôle à souhaiter que soit tracée plus clairement la frontière entre ce qui est autorisé et ce qui est interdit. Déjà dans son rapport fourni à la suite des élections législatives de 2002, le Conseil constitutionnel appelle de ses vœux une « législation plus rigoureuse [...] en encadrant plus strictement les conditions dans lesquelles les collectivités locales peuvent fournir des biens et des services aux candidats » (Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives de juin 2002, 15 mai 2003). Une autre difficulté tient aux régimes sur certains points différents appliqués aux diverses élections. En ce sens, le rapport Mazeaud souligne que les règles sur le financement des campagnes électorales s'appliquent à toutes sauf aux communes et aux cantons de moins de 9 000 habitants et pour les élections sénatoriales. Le point commun de ces exemptions est évidemment lié au nombre réduit d'électeurs ce qui impliquerait des frais de campagne modestes. Ce n'est plus toujours vrai pour des élections sénatoriales où « le montant de certains postes de dépenses comme les frais de réception, peut être particulièrement élevé ». L'extension des règles relatives au contrôle des comptes de campagnes apparaît ici d'autant plus opportune que « le candidat qui se présente et qui détient une fonction exécutive dans une collectivité locale peut être amené à disposer d'avantages en nature non négligeables par rapport à des adversaires qui n'exercent pas ces fonctions » (p. 8). De fait, sur 331 sénateurs en poste, 120 sont maires, 33 présidents d'un Conseil général et deux présidents d'un Conseil régional. Néanmoins, le rapport note qu'une telle réforme est difficile puisque, devant résulter d'une loi organique et concernant le Sénat, elle suppose un vote conforme des deux assemblées.

Biens et services matériels

Ces avantages prohibés peuvent être accordés par une collectivité : mise à disposition d'une ligne téléphonique de la mairie (TA Pau, 15 septembre 1998, Elections cantonales de Jurançon) ; mise à disposition par la commune d'un téléphone portable (Cons. const., 14 octobre 1997, AN, Val-de-Marne) ; mise à

disposition d'un véhicule de la collectivité (Cons. const., 27 mars 2003, AN, Ariège) ; utilisation de clichés photographiques du candidat appartenant à la commune (CE, 29 janvier 1997, Elections municipales de Caluire) ; utilisation par le candidat de lettres à en-tête de la commune pour sa campagne (Cons. const., 7 novembre 2002, AN, Corse-du-Sud) ; mise à disposition d'une salle publique au profit exclusif du candidat (CE, 18 mars 2005, CNCCFP c/ Mme Hervée Marie). Ce dernier exemple est éclairant : si les communes ne peuvent mettre des moyens matériels à la disposition des candidats pendant la campagne, une des rares exceptions acceptées par la jurisprudence est précisément la mise à disposition de la salle communale. Mais cette pratique doit respecter l'égalité de traitement entre tous les candidats ; autrement dit, la salle est mise à la disposition de tous les candidats, dans les mêmes conditions financières et pratiques.

Les avantages peuvent également être accordés par une entreprise : un don de 1000 € (Cons. Const., 6 février 2003, AN, Guyane) ; l'abandon d'une créance au profit d'un candidat (CE, 26 juillet 1996, Elections municipales de Sainte-Marie) ; la mise à disposition d'une automobile (Cons. Const., 27 mars 2003, AN, Ariège) ; la mise à disposition d'un droit d'antenne exclusif par une radio locale privée (CE, 7 mai 1993, Elections régionales de La Réunion). Enfin les avantages peuvent provenir d'une association : mise à disposition de locaux (CE, 18 septembre 1996, Elections municipales de Marchiennes) ; organisation d'un dîner débat public permettant à un candidat de présenter son projet (CE, 30 décembre 1998, Elections régionales d'Auvergne) ; utilisation gratuite par un candidat de la plate-forme en ligne sur le réseau Internet d'une association (CE, 27 juillet 2005, Election cantonale de Bourges-les-Valence).

Il est à noter que ces aides et avantages prohibés ne sont sanctionnés que si la situation du candidat n'est pas régularisée : en cas de financement illégal, il est toujours possible au candidat de payer la contrepartie de l'avantage reçu (à condition qu'il le fasse au juste prix). Encore faut-il que cette régularisation soit faite à temps, c'est-à-dire avant la date limite de dépôt des comptes de campagne à la CNCCFP. Ici, une difficulté résulte de la conséquence tirée par certains tribunaux administratifs, du fait que la CNCCFP soit tenue d'avertir les candidats n'ayant pas effectué la remise des comptes de façon régulière dans les délais, qu'ils risquent un rejet. Cet avertissement n'est pas une invitation à modifier le contenu du dossier envoyé mais une condition de régularité de la procédure contradictoire qui s'ouvre alors. Malgré cela, ces tribunaux considèrent que l'avis de présomption d'irrégularité ouvre aux candidats un délai de régularisation. Une telle interprétation paraît injuste : « il est difficilement concevable que les candidats s'octroient ainsi un délai supplémentaire, dont la durée variable dépendrait de celle de la procédure contradictoire depuis son ouverture par le rapporteur jusqu'à la décision sur le compte de campagne, voire jusqu'à celle du juge de l'élection saisi par la commission » (rapport 2008, p. 50). Les propositions de la CNCCFP tendent donc à exclure toute régularisation tardive ce qui pourrait prendre la forme d'une décision de principe du Conseil d'Etat à la suite des recours intentés par la CNCCFP.

Services en personnel

L'article L. 50 du code électoral interdit « à tout agent de l'autorité publique ou municipale de distribuer des bulletins de vote, professions de foi et circulaire des candidats ». Plus généralement, les agents territoriaux étant rémunérés par les collectivités et se trouvant placés au service de ces collectivités, ne peuvent servir à

la campagne d'un candidat. D'ailleurs, la participation d'un agent territorial à la campagne d'un candidat peut être assimilée à une aide de la collectivité : aide prohibée par l'article L. 52 - 8 du code électoral (CE, 10 juin 1996, Elections municipales de Metz ; CE, 13 octobre 1999, Election cantonale de Bruz : mise à disposition des compétences et des services du département pour apporter un soutien à la campagne d'un candidat de la majorité départementale). En revanche, il est toujours possible aux fonctionnaires territoriaux de se mettre au service d'un candidat pendant leurs congés (Cons. Const., 9 janvier 1998, AN, Val-de-Marne ; 13 février 1998, AN, Bas-Rhin ; 30 juillet 2003, AN, La Réunion) : dans ce cas, il ne s'agit pas d'un avantage en nature.

Reste à envisager la question du déplacement de responsables de formations politiques pour soutenir un candidat : la décision n° 2009-4533 rendue par le Conseil constitutionnel le 14 octobre 2009 (AN, Gironde) a suscité une réaction inhabituelle de la CNCCFP. Rappelons les faits : Yves Foulon, candidat à une élection législative partielle en Gironde, avait fait appel au premier ministre François Fillon pour qu'il vienne participer à un meeting de campagne ; il avait fait figurer dans son compte de campagne, en concours en nature de parti politique, les frais de transport par avion de Paris à la circonscription. Le montant de la dépense avait été évalué sur la base du prix d'un trajet par avion de ligne régulière. Or, le déplacement avait été effectué en utilisant un avion de location. La commission a alors demandé la facture de la dépense pour connaître son coût exact et a considéré que, dans la mesure où un candidat avait fait figurer dans son compte de campagne une dépense électorale, il devait comptabiliser son montant exact. Elle a alors réintroduit dans le compte la différence entre le montant de la facture réellement payée par le parti et le coût de la dépense évaluée dans le compte. Ce supplément de dépense a entraîné un dépassement du plafond autorisé des dépenses et a amené la commission à rejeter le compte. Dans sa décision du 14 octobre 2009, le Conseil constitutionnel n'a pas suivi cette position et a mis en cause le caractère électoral même de la dépense. Il s'est appuyé sur une jurisprudence déjà ancienne (1^{er} décembre 1993, AN, La Réunion) reprise par le Conseil d'État (29 décembre 1997, Election cantonale de Toulon et 10 août 2005, Le Drian).

La commission avait estimé qu'il n'était pas approprié de considérer le premier ministre comme « représentant d'une formation politique », et qu'il s'agissait du déplacement d'une personnalité effectué spécialement pour soutenir le candidat et présentant à ce titre un caractère électoral justifiant l'inclusion de la dépense dans le compte. Pour le Conseil constitutionnel, il n'y avait pas de raison de renverser sa jurisprudence. Un tel revirement aurait eu pour effet de créer une rupture d'égalité au détriment des candidats des circonscriptions lointaines, et notamment d'outre-mer, qui risqueraient d'être privés du soutien physique des responsables nationaux de leur parti ou groupement politique. Cela aurait, en outre, accru l'insécurité juridique dans un domaine essentiel pour la vie démocratique.

Cette décision du Conseil constitutionnel qui impose clairement l'exclusion de toute dépense de déplacement analogue, a conduit la commission à réagir (rapport 2009) pour en souligner les conséquences : en premier lieu, la position du Conseil implique de laisser hors du compte de campagne une dépense dont la finalité électorale est pourtant difficile à contester au regard des critères généraux reconnus par la jurisprudence (« dépense spécifiquement engagée en vue d'obtenir les suffrages des électeurs »). En second lieu, la notion de « responsable d'une formation politique » doit englober non seulement les membres des instances dirigeantes du parti, mais toute personnalité mandatée ou sollicitée par le parti ; dans

le cas où il s'agit d'une personne investie d'une fonction officielle, l'exclusion du compte pourrait empêcher la commission de vérifier si la dépense n'a pas été prise en charge, de manière irrégulière, par une personne morale ou une collectivité publique...

Le financement public des campagnes électorales

S'agissant de l'irruption de moyens publics dans les campagnes électorales, il en est donc beaucoup qui sont interdits. Pour autant le budget de l'Etat n'est pas absent de cette organisation des votes qui constitue évidemment un élément décisif du fonctionnement de la démocratie. Il y a en effet des financements publics qui sont non seulement autorisés mais organisés par le législateur. Il en va ainsi d'une part de ce que l'on désigne habituellement sous le nom de « campagne officielle » (impression des bulletins de vote, des professions de foi et des affiches ainsi que frais d'affichage...), d'autre part du remboursement d'une partie des dépenses figurant au compte de campagne, tout cela sous réserve que le candidat ait obtenu au moins 5 % des voix. Nul ne conteste le principe de ces deux types de financement qui manifestent le souci des pouvoirs publics d'aider les hommes politiques dans leur effort d'information des électeurs. En revanche, les modalités de ce soutien font l'objet de certaines propositions de modifications. Ainsi, *pour ce qui est du coût de la campagne officielle*, se pose la question de sa non prise en compte dans les comptes de campagne. En effet, l'article L 52-12 du code électoral, tel qu'il résulte de la loi du 19 janvier 1995, les exclue des dépenses électorales, ce qui leur permet en outre de ne pas transiter par le mandataire du candidat. Les inconvénients de cette situation ne sont pas considérables lorsque le candidat fait une subrogation au profit de l'Etat et qu'il y a donc règlement direct des frais par la préfecture à l'imprimeur. Au cas contraire, la préfecture rembourse le candidat sur justificatif.

Déjà dans son rapport au titre des élections législatives de 2002, le Conseil constitutionnel avait souhaité, « dans un souci de simplification », que ces frais au titre de la campagne officielle soient réintégrés dans les dépenses électorales et que le législateur tire les conséquences du point de vue du régime de leur paiement et de leur remboursement ainsi que pour le calcul du plafond des dépenses (Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives de juin 2002). Le rapport Mazeaud revient sur cette proposition en l'explicitant : la CNCCPF ne peut contrôler l'origine des recettes ayant permis aux candidats de pré-financer ces dépenses ; le double remboursement, d'une part au titre de la campagne officielle, d'autre part au titre des comptes de campagne peut créer des complications, voire des risque de double prise en charge par l'Etat, notamment lorsque les frais d'impression réalisée pour les bulletins et les professions de foi par exemple, ne font pas l'objet d'une facture distincte de ceux effectués pour les affiches non destinées aux panneaux officiels. Evidemment, cette réforme « aurait pour effet mécanique d'augmenter le plafond des dépenses électorales ». De plus « cette intégration ne saurait être admise pour l'élection présidentielle compte tenu des masses financières en jeu » (p. 15).

Pour ce qui est du remboursement des dépenses figurant au compte de campagne, deux conditions imposées par le législateur peuvent poser problème dans certains cas. La première condition tient à ce que toutes les dépenses de campagne doivent être effectuées non par le candidat mais par un personnage qu'il désigne, son « mandataire » qui utilisera un compte spécialement ouvert à cet effet, par lequel passeront tous les mouvements financiers et qui ne sera utilisé que pour cela. Par rapport à notre propos, c'est-à-dire la lutte contre les l'utilisation des

moyens publics, ce compte unique doit permettre de repérer l'origine de tous les versements. Le candidat n'est donc en droit de rien payer directement ou alors de toutes petites dépenses à régler dans l'urgence. Cette contrainte a mis quelque temps à être comprise par les hommes politiques mais elle est désormais bien respectée. S'il continue à exister quelques difficultés, appelant à des réformes ou, à tout le moins, des éclaircissements, c'est sur les questions de délai. En ce domaine, la première question qui se pose est celle de la date de prise de fonction du mandataire. Elle marque la fin de la période où le candidat peut encore payer lui-même ses dépenses et les voir considérées comme des dons personnels. Ensuite, tous les règlements financiers doivent donc passer par le mandataire sauf s'ils portent sur des sommes très modestes. Or le code électoral prévoit deux actes différents qui pourraient être considérés comme marquant cette date de prise de fonction : il s'agit d'une part de la *désignation* du mandataire qui doit intervenir au plus tard à la date d'enregistrement de la candidature (art. 52-4 du code électoral), d'autre part de la *déclaration* que le candidat doit déposer par écrit à la préfecture de son domicile (art. 52-6). S'y ajoute une troisième date : celle de l'ouverture d'un compte en banque spécial pour les paiements liés à la campagne électorale ce qui, lorsque le mandataire est une personne morale, suppose qu'en tant qu'association de la loi de 1901, il y ait eu publication au *Journal officiel* et remise d'un récépissé par la préfecture. A noter enfin que certaines banques tardent à ouvrir un compte pour des mouvements qui s'annoncent modestes.

C'est pour répondre à ces trois problèmes que la CNCCFP a proposé trois réformes. La première est conforme à une jurisprudence ancienne du Conseil d'Etat consistant à considérer que c'est la déclaration en préfecture qui marque la prise de fonction du mandataire : un tel mode de calcul est d'autant plus logique que c'est à partir de ce moment qu'il dispose des reçus-dons à remettre aux donateurs pour une déduction fiscale et qu'il peut envisager d'ouvrir le compte en banque imposé par les textes. De ce dernier point de vue –deuxième réforme- la CNCCFP demande que, par dérogation du droit commun, l'association de financement électoral puisse demander une ouverture de compte avant la publication –parfois tardive- au *Journal officiel* (p. 2). Enfin –troisième réforme- elle souhaite une démarche auprès « des autorités de tutelle des banques » afin que des mesures soient prises pour garantir le « droit au compte » des mandataires des candidats (rapport 2008, p. 23). Ces propositions peuvent être rapprochées de celles du rapport de la commission Mazeaud qui souhaite que la déclaration en préfecture du choix d'un mandataire soit effectuée en même temps que la déclaration de candidature et qu'elle en soit même une condition de recevabilité (p. 7). Quant au « droit au compte », le rapport Mazeaud demande également qu'il soit reconnu et -plus rigoureux que la CNCCFP- souhaite l'assortir d'une amende de 7 500 euros (p. 8). Officialisant une condition supplémentaire de condition de recevabilité de la déclaration de candidature, la loi du 14 avril 2011 impose en effet de produire les pièces « de nature à prouver que le candidat a procédé à la déclaration d'un mandataire » (art. 12 de la loi modifiant les art. 154, 210, 265, 347 et 370 du code électoral donc visant respectivement les candidatures aux élections des députés des conseillers généraux, des conseillers municipaux, des conseillers régionaux et des conseillers à l'assemblée de Corse). Par ailleurs, la loi prévoit que si une banque refuse d'ouvrir un compte de campagne à un candidat, celui-ci peut saisir la Banque de France pour qu'elle lui désigne, dans un délai d'un jour ouvré, un établissement de crédit situé dans sa circonscription ou à proximité, les « modalités de mise en œuvre de ce droit » -c'est donc bien un droit-

devant être précisées par décret (art. 13 de la loi modifiant l'art. 52-6 du code électoral).

Une deuxième condition imposée aux comptes de campagne tient à l'obligation imposée par l'article L 52-12 al. 2 du code électoral qui prévoit que chaque dossier de comptes de campagne doit être présenté par un membre de l'ordre des experts-comptables ou des comptables agréés. Cette règle ne souffre aucune exception sauf lorsque le candidat affirme n'avoir effectué aucune dépense et transmet une attestation en ce sens. Pourtant, la CNCCFP est confrontée une situation paradoxale telle que plus du tiers des rejets qu'elle prononce s'appuie sur le défaut de présentation par un expert comptable : il ne s'agit en effet dans nombre de cas ni d'un oubli de la part des candidats, ni d'une mauvaise connaissance de la loi ; c'est un acte délibéré résultant du coût élevé de l'intervention d'un expert-comptable au point que ces honoraires peuvent parfois plus que doubler le coût de la campagne ; lorsqu'un candidat ou une liste rassemble moins de 5 % des voix et qu'il n'a donc droit à aucun remboursement, il hésite évidemment à ajouter ces frais supplémentaires. Devant une situation si exceptionnelle de transgression volontaire –mais compréhensible dans ses motivations- de la loi, avec des problèmes que le Conseil constitutionnel avait déjà dénoncés en juin 2002, la CNCCFP fait trois propositions de réformes. Elle souhaite d'abord dispenser de la présentation par un expert-comptable les comptes n'évoquant pas de mouvements financiers mais seulement des concours en nature émanant de personnes physiques ou de partis politiques ; il est vrai cependant que certains adversaires d'un tel allègement de la réglementation font valoir qu'il n'est pas forcément opportun de paraître moins attentif à ces concours en nature puisque c'est souvent par eux que passent les aides des collectivités territoriales, celles que le candidat a tendance à minorer lorsqu'il prétend les avoir payées, voire à omettre délibérément. Une deuxième proposition tend à provoquer une modération de la rémunération des experts-comptables en ces domaines, en rappelant que les textes les concernant (ordonnances des 19 septembre 1945 et 25 mars 2004) prévoient des honoraires « équitables » constituant « la juste rémunération du travail fourni comme du service rendu ». Quant à la troisième proposition, elle est liée à la précédente dans la mesure où elle cherche à homogénéiser les interventions des experts-comptables : il ne leur est pas demandé de se prononcer sur l'authenticité des pièces fournies par le candidat, ni sur l'imputabilité des sommes présentées comme dépensées à des fins électorales mais de veiller à la bonne mise en forme du compte et à la présence matérielle des pièces justificatives nécessaires. Dans cet esprit « il serait nécessaire que les autorités de contrôle de la profession comptable rappellent à ses membres que ces vérifications de base doivent être conduites effectivement » (rapport 2008, p. 25). Le rapport Mazeaud fait, sur ce dernier point, des propositions précises (p. 11). Finalement, la loi du 14 avril 2011 s'est bornée –dans la ligne des première et troisième propositions de la CNCCFP- à décider d'une part que la présentation des comptes par un expert-comptable n'est pas nécessaire lorsqu'un candidat ou une liste ont obtenu moins de 1 % des suffrages exprimés sauf en cas de don émanant de personnes physiques, d'autre part que l'expert-comptable « met le compte de campagne en état d'examen et s'assure de la présence des pièces justificatives requises » ce qui va d'une certaine façon sans dire mais qui va encore mieux en le disant (art. 10 de la loi modifiant l'art. 52-12 du code électoral).

*

* *

La décision du Conseil constitutionnel évoquée plus haut et concernant le caractère non électoral d'une visite de soutien à un candidat aux législatives, renvoie à une question plus fondamentale que le CNCCPF a plusieurs fois posé dans ses rapports. Il s'agit de préciser la notion de dépenses pouvant être considérées comme des dépenses de campagne. Le problème est déjà évoqué dans le rapport de la CNCCFP de 2004 (« 2.2. La notion de 'dépenses électorales' »). Dans son rapport au titre de 2008, la CNCCPF indique s'être fondée, dans le silence du législateur et pour effectuer le tri, sur la définition dégagée par le Conseil d'Etat, consistant à y ranger les « dépenses dont la finalité est l'obtention du suffrage des électeurs » (arrêt Gourlot, CE 27 juin 2005, n°232402). L'utilisation d'un tel critère conduit à ne pas retenir comme frais de campagnes, d'une part de menus frais revêtant un caractère personnel et qui ne sauraient guère avoir d'effet sur le choix des citoyens, tels le coût d'habillement ou de coiffure du candidat, d'autre part des opérations somptuaires bénéficiant aux équipes de campagne, comme des banquets ou des réceptions surtout s'ils ont lieu après la fin du scrutin, enfin la charge d'une rénovation complète du local de campagne. De ce dernier point de vue, la commission se montre particulièrement sévère à l'égard de ceux qui tentent de faire prendre en compte –pour se les faire rembourser- des travaux manifestement inutiles dans une perspective purement électorale mais augmentant la valeur de l'immeuble concerné. Elle n'hésite donc pas, à brandir, dans une telle hypothèse, l'éventualité de poursuites au titre d'une forme d' « enrichissement sans cause pris en charge par la collectivité ». Dans cette perspective, « la commission souhaite que le code électoral adopte une définition précise [de la dépense électorale] en utilisant uniquement [...] la notion de dépense engagée en vue de l'obtention du suffrage aux élections ». Cette proposition paraît raisonnable. Tout au plus peut-on remarquer que si la loi vient valider une telle rédaction, elle pourrait conduire à consolider par exemple la pratique déjà habituelle consistant à ne pas considérer comme dépenses de campagne la réception plus ou moins généreuse offerte à l'équipe électorale, aux militants, aux partisans, voire aux sympathisants après la fin de la campagne et une fois le résultat publié. Certains ne pourront-ils pas en déduire qu'ici, l'intervention des collectivités territoriales n'est pas prohibée et qu'elles seraient fondées à prendre en charge tout ou partie de ce qui serait alors présenté comme une opération de relations publiques au profit de la collectivité, surtout si l'élu a la prudence d'inviter quelques personnalités à caractère non politique ?

Un autre problème à portée générale mais qui a des implications dans l'interdiction d'utilisation des moyens publics tient à l'inéligibilité qui a constitué pendant un temps la conséquence quasi automatique du rejet des comptes de campagne, notamment lorsqu'apparaissait un financement émanant d'une collectivité ou lorsque n'était pas intégrée une prestation en nature. La plupart des observateurs dénonçait la sévérité d'une telle sanction pour une irrégularité qui pouvait être mineure d'autant que le candidat ayant fraudé n'était pas puni avec la même rigueur : son élection était simplement annulée et il pouvait de nouveau tenter sa chance alors qu'*a priori* une fraude électorale est plus grave qu'une négligence dans les comptes de campagne. C'est dans ces conditions qu'une loi du 10 avril 1996 a introduit dans le régime appliqué aux élections locales la possibilité de « ne pas prononcer l'inéligibilité du candidat dont la bonne foi est établie, ou relever le candidat de cette inéligibilité » (nouvelle rédaction de l'article L 118-3 du code électoral). En revanche, cette disposition n'a pas été reportée pour les élections législatives ce qui réclamerait une loi organique (article LO 128 du code électoral).

Dans son rapport consécutif aux élections législatives de 2002, le Conseil constitutionnel dénonce cette injustice, souvent liée à la découverte du fait qu'un candidat a bénéficié de moyens publics. « Encore peut-il s'agir, et c'est le cas le plus fréquent, d'un concours en nature dont le candidat n'a pas eu la conscience précise ou dont il n'a pas mesuré la portée. Pour autant, la législation en vigueur oblige le Conseil constitutionnel à déclarer l'inéligibilité du candidat, ce qui entraîne pour celui qui a été élu la déchéance de son mandat et l'impossibilité de se représenter à l'élection partielle consécutive, alors que la faculté en est laissée au candidat dont l'élection a été annulée à la suite d'une fraude ou d'une manœuvre plus condamnable » (Observations du Conseil constitutionnel relatives aux élections législatives de juin 2002).

Le Conseil constitutionnel revient sur cette proposition dans son rapport pour les élections législatives de 2007 et le rapport Mazeaud la reprend en appelant de ses vœux, avec l'introduction de la notion de bonne foi au profit des candidats à la députation, que l'on substitue « à la formulation actuelle une rédaction plus respectueuse du principe de proportionnalité des sanctions et plus proche du pragmatisme du contentieux électoral classique » (p. 18). Le rapport ajoute un argument supplémentaire, consistant à souligner que ce défaut de proportionnalité dans les sanctions prévues par le législateur pourrait faire l'objet d'une « censure pour inconstitutionnalité » dans le cadre de la nouvelle procédure d'exception d'inconstitutionnalité. Il est vrai qu'à la suite d'une analyse portant sur 260 décisions prises par le juge entre 1996 et 2008, les auteurs du rapport constatent qu'il n'a reconnu la bonne foi dans le cadre d'élections locales que dans 38 cas et en se fondant sur des motifs tels que l'absence de recettes et de dépenses dans un compte de campagne, le retard dans la remise des documents ou l'incertitude de la législation. « Ces hypothèses ne peuvent guère jouer au profit du candidat ayant bénéficié de bonne foi par exemple d'une aide en nature d'une collectivité locale sauf ce que l'on puisse mettre en œuvre une considération parfois acceptée par le juge, celui de la modicité des sommes en jeu ». Le rapport paraît déplorer cette prudence du juge qui « le conduit à méconnaître le principe de non automaticité dans un domaine qui intéresse les libertés publiques » (p. 19). Cette dernière remarque conduit à constater certaines limites aux réformes que pourrait introduire le législateur dans la mesure où il ne serait pas suivi par le juge. Il conviendra donc d'observer la façon dont sera interprétée la loi du 14 avril 2011.

4. L'expression

Faut-il adapter les règles relatives aux campagnes dans les médias audiovisuels ?

Par Dominique BAUDIS, ancien président du Conseil supérieur de l'audiovisuel

La régulation des médias audiovisuels pendant les périodes électorales est une question centrale dans le domaine de la démocratie et du pluralisme que, pour ma part, j'ai vécue dans différentes positions, d'abord celle de journaliste à la télévision, ensuite celle d'homme politique et de candidat, et enfin régulateur de l'audiovisuel comme président du CSA de 2001 à 2007.

Il convient tout d'abord de déterminer le périmètre de la question : il existe une régulation forte sur l'expression politique dans le domaine de l'audiovisuel mais pas en ce qui concerne l'expression politique sur les médias autres que les radios et les télévisions. Le fait que les journaux écrits ne soient soumis à aucune règle est d'ailleurs souvent une source d'incompréhension de la part des citoyens et même souvent des journalistes.

Cette distinction s'explique par deux raisons : d'une part, par le caractère massif et par conséquent structurant sur l'opinion publique de la communication audiovisuelle ; d'autre part, cette dernière utilise pour atteindre les citoyens, les auditeurs ou les téléspectateurs, le domaine public, les ondes hertziennes ; cette utilisation s'inscrit dans le cadre de conventions avec la puissance publique qui délivre à ces opérateurs des autorisations d'émettre pour des durées déterminées avec en contrepartie des obligations et notamment celles du pluralisme. Sont concernés également les médias audio-visuels publics France-Télévision, Radio France pour lesquelles ces obligations sont plus fortes encore, nous y reviendrons, et inscrites dans un cahier des charges.

La régulation audiovisuelle sur la communication politique, en particulier pendant les périodes électorales, est maintenant considérée comme une sorte de standard incontournable pour qualifier une démocratie. On la vu, par exemple, dans le processus d'intégration à l'Union européenne des pays d'Europe Centrale et Orientale dans la décennie 1990, afin de remplir tous les critères permettant d'être reconnus comme une véritable démocratie : il faut une régulation audiovisuelle sur le pluralisme, les campagnes électorales et la vie politique. Simplement, la France est de tous les pays celui qui a mené le plus loin possible cette régulation parfois à l'extrême jusqu'à conduire à des situations qui deviennent difficilement gérables aussi bien d'ailleurs pour le régulateur que pour les opérateurs audiovisuels. Le système mis en place s'appuie bien évidemment sur des bases juridiques traditionnelles, la loi et le décret, mais avec une différence par rapport à l'ensemble du dispositif juridique dans notre pays, c'est que la loi et le décret ne sont pas interprétés et appliqués par des juridictions mais par une autorité administrative indépendante : le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Supériorité de l'autorité administrative indépendante, le CSA a une capacité, une rapidité de réaction évidemment beaucoup plus importante que l'autorité judiciaire.

La particularité de la France est que la régulation audiovisuelle sur la communication politique ne s'applique pas qu'en période électorale, elle s'applique en permanence :

hors période électorale, en période de pré-campagne et en période de campagne avec des dispositions différentes ; hors période électorale, on se fonde sur une surveillance permanente des temps d'antenne, des temps de paroles attribués aux différentes formations politiques ou aux différents leaders politiques.

Quand on arrive en période de pré-campagne, on instaure une règle particulière qui est fondée sur le principe de l'équité et quand on rentre dans la période électorale, proprement dite la campagne électorale au sens juridique du terme, qui sont d'ailleurs des périodes très courtes, on rentre dans un système qui est celui de l'égalité des temps de paroles.

Donc trois modes de surveillance et de régulation : sur la longue période, hors période électorale, nous avons un système de régulation qui mesure en permanence les temps qui sont consacrés aux différents partis politiques, les temps de paroles qui sont attribués aux différents dirigeants politiques.

En l'occurrence, il convient de distinguer le temps d'antenne, c'est-à-dire le temps consacré au parti ou à une personnalité et le temps de parole, moment où la personnalité politique s'exprime. A l'époque où je présidais le CSA, la règle était que, sur la totalité du temps, l'opposition ne peut pas avoir moins du tiers du temps, et pour ce qui est des partis politiques de la majorité, du gouvernement ou bien maintenant, pour partie de l'expression du président de la République, le temps doit être inférieur à deux tiers. On est donc en présence pour l'expression du pouvoir, majorité, gouvernement, président, d'un plafond - pas plus des deux tiers -, et pour l'opposition d'un plancher - pas moins d'un tiers -. En réalité, le curseur se situe toujours, mais qui correspond à la règle, entre un tiers et cinquante pour cent du temps pour l'opposition. Cette règle a été aménagée en 2009 : le temps d'intervention des personnalités appartenant à l'opposition parlementaire ne peut désormais être inférieur à la moitié du temps d'intervention résultant du cumul, d'une part, des interventions du Président de la République et, d'autre part, des interventions des membres du Gouvernement, des personnalités appartenant à la majorité parlementaire et des collaborateurs du Président de la République ; les éditeurs de radio et de télévision doivent en outre accorder un temps d'intervention équitable aux formations parlementaires n'appartenant ni à la majorité ni à l'opposition ou à des formations politiques non représentées au Parlement.

Quand on rentre en période de campagne électorale, le CSA détermine le moment où il considère qu'on rentre en pré-campagne, cela peut être quatre mois, cinq mois, six mois avant l'ouverture officielle de la campagne et doit alors prévaloir le principe d'équité. Ce dernier est très difficile à apprécier, il signifie que les rédactions des radios et des télévisions doivent attribuer des temps d'antenne, des temps de paroles qui correspondent d'après eux à une répartition équitable en fonction de la réalité de ces forces politiques dans la société. Mais la difficulté est naturellement de le mesurer d'une manière objective ; en fait tout repose à la fois sur la subjectivité, l'appréciation des journalistes et des rédactions et ensuite l'appréciation du régulateur. Il faut pour apprécier la représentativité des forces politiques que l'on soit attentif aux sondages, à l'actualité, aux résultats précédents, aux percées que peuvent opérer telle ou telle formation politique. On est donc là dans un domaine qui est extrêmement difficile à quantifier.

Ensuite, quand on rentre vraiment dans la période électorale, la règle est plus simple à appliquer pour le régulateur : à partir du moment où l'on entre effectivement dans la campagne électorale officielle, il faut que chaque candidat quelque soit sa

représentativité politique, quelques soient les chances que lui attribuent les sondages, dispose d'un temps de parole égal à celui des autres.

Pour le régulateur, il suffit d'avoir un chronomètre ; il devient en revanche extrêmement difficile pour les rédactions des journaux télévisés et radiophoniques puisque cela signifie que le NPA, l'UMP, le parti socialiste, l'alliance républicaine en cours de construction, Europe Ecologie les Verts, peut-être M. Hulot sur une candidature différente... : chacun doit avoir à la seconde près, pendant trois semaines, le même temps de parole. C'est un système qui évidemment est extrêmement favorable aux forces politiques minoritaires et extrêmement pénalisant pour les grands partis politiques.

Un système aussi élaboré que le nôtre n'existe presque nulle part ailleurs, sauf en Roumanie, au Portugal et en Italie où le système est à peu près aussi contraignant. En France, la complexité tient aussi au fait que pendant la période qui précède la campagne électorale officielle, avant le dépôt des candidatures au Conseil Constitutionnel, avec toutes les contraintes et en particulier les 500 signatures, on est dans une phase où il faut suivre jusqu'à 25 ou 30 candidats déclarés mais non officiels sans que l'on puisse préjuger de leur capacité juridique ou de leur volonté politique de l'être jusqu'au bout.

On est donc en face d'un dispositif qui présente beaucoup de faiblesses ou d'imperfections dans le calcul des temps d'antenne et le temps de parole. Ce dispositif est d'autant plus compliqué à mettre en œuvre qu'il convient de prendre en compte en outre la question des audiences : un sujet qui passe à 20 h n'a évidemment pas la même audience qu'un sujet qui passe à 13 h ou encore moins à 23 h 30.

Une autre source de complication porte enfin sur la question du contenu des propos : on se trouve parfois dans des situations très étranges au sens où un parti politique va « bénéficier » d'un temps d'antenne et d'un temps de parole extrêmement important mais sur des événements qui sont en réalité totalement négatifs pour le parti politique en question. Par exemple, un pic de temps de parole et de temps d'antenne avait été relevé pour le RPR à l'époque des problèmes de Jean Tibéri à la mairie de Paris : l'expression de Jean Tibéri était imputée sur le temps de parole du RPR ; ainsi les reportages sur les turpitudes de la mairie de Paris, des procédures, des procès étaient imputés sur le temps d'antenne du RPR.

Une situation inextricable s'est également produite au moment du référendum sur l'Union européenne en 2005 où au parti socialiste deux voies s'exprimaient, les unes pour le « oui », les autres pour le « non » : le parti officiellement avait pris position pour le « oui » mais une partie importante du PS avait pris position pour le « non ». J'ai le souvenir d'une visite au CSA de François Hollande et Jack Lang demandant qu'on ne décompte pas sur le temps de parole et d'antenne, l'expression accordée et les reportages consacrés aux partisans du « non », ce qui était impossible. Le même cas de figure se présente aujourd'hui avec Dominique De Villepin : chacune de ses interventions est plutôt dirigée contre le Président de la République et le gouvernement ; or, appartenant à l'UMP, son temps de parole est comptabilisé sur le temps de ce parti. En définitive, ces systèmes très sophistiqués destinés à assurer le pluralisme sont également des systèmes assez difficiles à gérer .

On voit bien qu'on atteint les limites de l'exercice et que plus on veut servir un principe, celui du pluralisme avec des outils juridiques extrêmement complexes, on finit par créer des frustrations et des insatisfactions. Au moment du référendum de 2005, j'avais été frappé par cette sorte de débordement d'exigences. J'ai vu arriver à

ce moment là une demande extrêmement forte exprimée par des associations, par des sites internet sur le thème « les médias audiovisuels sont totalement déséquilibrés », « ils sont tous sur l'idéologie dominante » et il faut donc comptabiliser le temps de parole de Monsieur Bernard Guetta sur France Inter, de Monsieur Duhamel sur Europe 1, de Monsieur Apathie sur RTL... parce qu'ils nous expliquent tous les matins qu'il faut voter oui et il faut ainsi les comptabiliser dans les temps de parole, ce qui évidemment est une entrave à la liberté d'expression du journalisme.

C'est une problématique finalement qui relève globalement de tout le corpus juridique sur la liberté de communication. La loi de 1986 sur la liberté de communication comporte, je crois, 90 articles, le premier article dit « la communication audio-visuelle est libre », et tous les autres limitent cette liberté.

Questions :

Henry Roussillon : « Faut-il adapter les règles relatives aux campagnes électorales dans les médias ? »

Je pense qu'il le faudrait mais que c'est politiquement difficile : il le faudrait parce qu'on est arrivé à un degré de sophistication qui en fait entrave le travail des journalistes et en même temps j'ai bien observé qu'à chaque fois qu'on voulait introduire un assouplissement, cela était vécu, en particulier par les formations politiques les plus minoritaires comme une atteinte au pluralisme.

Cependant, une évolution notable durant mon mandat a été d'adapter les règles sur les émissions officielles de campagne. Il faut en effet bien voir que dans l'encadrement de l'audiovisuel pendant la campagne, on est en présence de deux types d'obligations, d'une part, de pluralisme qui sont les mêmes pour toutes les radios et toutes les télévisions et, d'autre part, pour les chaînes de télévisions ou les radios du service public, une obligation supplémentaire de diffuser des émissions officielles de campagne électorale avec des temps d'antenne qui sont attribuées aux partis politiques. Les règles sont de surcroît différentes selon les élections : aux législatives, on tient compte de l'importance des partis politiques, aux présidentielles tous les candidats sont sur un pied d'égalité. Ce qui était insupportable pour les téléspectateurs, et du coup contre-productif en terme d'intérêt pour le débat, c'est que ces règles, sous prétexte d'égalité entre les candidats, étaient terriblement contraignantes.

C'était rappelez vous il y a 15, 20 ans, le genre d'émission où on avait à peine droit à une plante verte, il y avait derrière un espèce de drap crasseux, marron, un petit bureau, cela donnait des résultats épouvantables et les gens ne regardaient pas ces émissions et on voyait, de campagne électorale en campagne électorale, l'audience diminuer. Cela faisait d'ailleurs l'affaire des chaînes privées qui n'étaient pas astreintes à ce type d'obligation et récupéraient toute l'audience. En conséquence, il y a quelques années, à la suite de démarches, pas désintéressées d'ailleurs, des cabinets de communication politique nous ont sollicités en nous alertant sur la chute des audiences de ces émissions qui sont des repoussoirs et en nous demandant d'introduire un peu de liberté.

Ce qui fut fait, de manière d'ailleurs modeste, par exemple en autorisant un candidat nous apporter un produit fini, tourné en extérieur tout en maintenant toutes les interdictions qui s'appliquent comme celle concernant l'utilisation du drapeau tricolore etc... mais en ouvrant la possibilité pour un candidat de se promener au bord de la

Garonne ou au bord de la Seine, de bavarder avec un citoyen, bref un peu de créativité. On a pu le faire mais les petits partis politiques étaient quand même très crispés arguant du fait que les grands partis allaient bénéficier de l'apport des grandes agences de communication. Il a été trouvé une forme de compromis, certaines émissions peuvent être tournées à l'extérieur, apportées par le parti politique, d'autres doivent tout de même s'inscrire dans un cadre assez contraint.

Je suis convaincu qu'on ira de plus en plus vers une grande liberté dans ce domaine, il apparaît d'ailleurs que les meilleurs spots ne sont pas forcément les plus coûteux et que parfois un peu d'inventivité, de créativité permet de faire des choses très efficaces sans recourir à des moyens massifs, donc je crois que dans ce domaine, on doit et on peut évoluer.

En ce qui concerne la surveillance du pluralisme au cours d'une campagne électorale, j' imagine mal le CSA mettre fin aux principes d'égalité des temps de parole pendant la période électorale

Pourtant, si pendant presque trois semaines quasiment au jour le jour les journaux donnent exactement le même temps de parole à une quinzaine de candidats, cela risque d'aboutir au fait qu'on ne donne plus la parole à qui que ce soit. Malheureusement, si on fait évoluer le dispositif de l'égalité vers l'équité, les « petits » candidats y verront une atteinte, les plus gros auront la plus grosse part et à ce moment là, un mouvement d'opinion de protestation se dessinera. Le CSA restera donc sur la solution antérieure qui n'est pas du tout satisfaisante.

La pire situation que j'ai connue est celle de la présidentielle de 2002 au cours de laquelle l'égalité de temps de paroles devait être respectée entre MM. Chirac et Le Pen. D'ailleurs, Jacques Chirac et son équipe avaient très bien vu la chose, celui-ci ne passait plus à la télévision ce qui conduisait à ce qu'il n'y ait plus de temps pour Jean-Marie Le Pen, ce dernier étant indexé sur le temps de paroles de Chirac. Celui qui baissait le temps de paroles faisait mécaniquement baisser le temps de parole de l'autre. De même, de débat Jacques Chirac n'a pas voulu, de débat il n'y a pas eu.

Tout cela n'est pas très satisfaisant mais je ne crois pas que dans ce domaine on puisse revenir en arrière. Il est singulier que l'on ait la réglementation la plus élaborée, la plus complexe du monde et que plus on la complexifie, moins les gens sont contents aussi bien les candidats que les journalistes, que les téléspectateurs avec le sentiment qu'il faudrait aller plus loin encore pour assurer plus de transparence et plus d'équité. Je crois donc que cela évoluera sur les spots officiels mais pas sur les règles imposées aux rédacteurs.

Bernard Maligner : « Quelle la règle applique désormais le CSA depuis que le Conseil d'Etat a rendu l'arrêt « Hollande » concernant la prise en compte du temps de parole du Président de la République ? »

Question intéressante parce qu'effectivement cela actualise la doctrine dans ce domaine. Cette question porte sur la comptabilisation du temps de parole du Président de la République, hors période électorale d'ailleurs, en « rythme de croisière » si j'ose dire. La tradition voulait que le temps de parole du Président de la République ne soit pas décompté ; le système reposait à l'époque sur la règle exposée antérieurement, 2/3 pour majorité et gouvernement, 1/3 au moins pour l'opposition mais le Président était hors comptabilité.

Cette analyse du CSA avait été contestée il y a quelques années devant le Conseil d'Etat mais ce dernier avait confirmé la position de l'autorité de régulation. Le Conseil d'Etat a cependant changé de position dans un arrêt d'avril 2009.

On sentait d'ailleurs bien au début des années 2000 que la situation n'était plus très tenable. Un problème s'était posé selon lequel se cumulait le temps de parole du Président de la République, à l'époque Jacques Chirac, et celui de son épouse qui était assez présente sur les médias (les pièces jaunes, la fondation etc...). On avait de facto un peu ouvert la voie au contenu de l'arrêt de 2009 à propos des prestations de Madame Chirac : celle-ci était passée dans une longue émission, de surcroît d'importante audience, à trois mois d'une élection cantonale en Corrèze où elle était candidate ; après avoir parlé des pièces jaunes, des personnes âgées, elle a aussi parlé un peu de la Corrèze ; le CSA a fait un « travail de dentelle » et a extrait les trois ou quatre minutes qui concernaient la Corrèze et les a imputées sur le temps de parole de la majorité.

En 2009, le Conseil d'Etat a complètement révisé la doctrine en disant les temps de paroles du Président de la République peuvent être, sans que cela soit une obligation qui concerne la totalité de ses propos, comptabilisés dans le temps de paroles politiques. Il a donc été décidé de distinguer ce qui relevait de la fonction régaliennne et ce qui relevait de l'engagement politique.

Cela devenait d'ailleurs d'autant plus nécessaire avec le nouvel usage des médias fait par l'actuel Président de la République, il a été élu en 2007, l'arrêt est de 2009, il est arrivé un moment où le Président de la République avait plus de temps de parole que la majorité, plus de temps que le gouvernement, plus de temps que l'opposition ; il était donc difficile de dire que son temps de parole ne comptait pas, d'autant plus que sa pratique politique était en rupture avec ses prédécesseurs qui consistait à aller devant les instances de son propre mouvement politique. François Mitterrand n'allait pas devant le congrès du PS, Jacques Chirac devant le congrès du RPR, Nicolas Sarkozy va dans les réunions de l'UMP et lorsqu'il dit devant l'UMP « aujourd'hui en France quand on fait grève, personne ne s'en aperçoit », on ne peut pas considérer que c'est un propos régalien, donc un partage se fait. Quand il parle à la sortie du G20, c'est le Président de la République ; quand il est au Panthéon, c'est le Président de la République ; quand il reçoit les candidats UMP à l'Elysée, c'est le chef politique.

« Pensez-vous que la position CSA ouvrant un droit de réplique identique à l'opposition en cas d'interventions non régaliennes du chef de l'Etat pourra être tenue en période de pré-campagne ou de campagne électorale dès lors que l'intéressé serait en outre candidat pressenti ou candidat annoncé à sa propre succession ? »

Je ne peux pas préjuger de ce que fera le CSA en 2012 mais dans l'hypothèse où le Président est candidat, à mon avis en période électorale, dans les trois semaines, tous les propos sont comptabilisés comme politiques, sauf événement tout à fait exceptionnel où il intervient vraiment comme chef d'Etat hors campagne. A ce moment, il est considéré comme candidat et donc ses interventions rentrent dans la règle de l'égalité.

Sur la période de pré-campagne, elle dure cinq à six mois, il est certain que sur une telle période, le Président de la République peut être dans des situations où il parle comme Président et pas comme candidat, d'autant plus que généralement la stratégie du Président en fonction est d'annoncer sa candidature le plus tard possible.

Si au mois d'octobre ou novembre, il y a un G 20 et que le Président de la République tire les conclusions du G 20 et fait une conférence de presse, on est plutôt en l'occurrence dans le régalien.

C'est l'exercice compliqué de la régulation où à chaque fois on se trouve devant une problématique nouvelle. Je crois d'ailleurs beaucoup à la régulation parce que si tout cela devait se traiter devant des juridictions judiciaires ou administratives, ce serait beaucoup long et encore plus complexe à traiter. Mais il faut reconnaître que ce sont des moments difficiles d'autant plus que l'on sait que, quelque soit la décision, elle fera l'objet de polémiques et sera publiquement contestée, voire juridiquement attaquée.

Faut-il adapter les règles relatives aux sondages en période électorale ?³⁸⁶

Par Richard Ghevontian, professeur à l'Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille, membre de la Commission des sondages

Le sujet met en avant deux notions qui nécessitent des éclaircissements : celle de sondage et celle de période électorale.

S'agissant des sondages, la loi du juillet 1977 actuellement en vigueur n'en donne pas, curieusement, de définition. Il est alors revenu à la Commission des sondages de les définir ainsi : « un sondage est une opération visant à donner une indication quantitative de l'opinion d'une population au moyen d'un échantillon représentatif. »

De son côté, la proposition de loi récemment adoptée par le sénat et transmise à l'assemblée nationale donne, dans son article 1^{er}, la définition suivante : « un sondage est une opération visant à donner une indication quantitative des opinions, attitudes et comportements d'une population par l'interrogation d'un échantillon représentatif de celle-ci ».

Quant à la période électorale, c'est tout d'abord tout ce qui touche au scrutin et plus particulièrement la campagne électorale. Mais il y a également ce que l'on appelle la « pré-campagne », question évoquée par le CSA et qui peut-être plus délicate que la question des semaines de campagne...

Et puis, il y a aussi la question des primaires sur laquelle la commission aura sans doute à se prononcer³⁸⁷.

Pour aborder le sujet qu'il m'est donné de traiter aujourd'hui, il faut s'en tenir à deux approches distinctes mais complémentaires : une approche sociologique et politique et une approche juridique.

I – L'APPROCHE SOCIOLOGIQUE ET POLITIQUE

- L'approche sociologique.

Se pose, ici, la question de l'impact que les sondages peuvent avoir sur une élection. Est-ce qu'un sondage a un impact sur le résultat d'un scrutin et surtout quel type d'impact ?

Malgré toutes les études faites par les plus éminents sociologues, notamment américains, on ne peut répondre de manière significative, tant les influences présumées peuvent se neutraliser.

Tantôt, le sondage peut mobiliser des électeurs qui vont aller vers celui que les sondages placent en position de favori : c'est ce qu'on appelle le *Bandwagon* » ;

³⁸⁶ Je souhaiterais, pour répondre à cette question, apporter une précision : étant moi-même membre de la commission des sondages je respecterai la réserve qui s'impose aux membres de toute autorité administrative indépendante.

³⁸⁷ Dans sa séance du 21 septembre 2011, la commission des sondages s'est déclarée compétente pour connaître, sous certaines conditions, les sondages relatifs à la primaire socialiste « compte tenu de leur rapport indirect mais certain avec l'élection présidentielle ».

tantôt, c'est l'effet inverse, se mobilisent les électeurs qui volent au secours de celui qui est en position de perdant : c'est ce qu'on appelle l' « *Underdog* ».

Mais au final les deux phénomènes semblent se compenser et on en conclut que finalement les sondages sont neutres et n'ont pas d'effets sensibles sur le résultat.

Et pourtant...

Le Président Baudis citait au cours de ce colloque fort opportunément l'exemple du référendum de 2005 sur le traité portant Constitution de l'Union européenne, où l'on constate que c'est bien à partir du moment où ont été publiés des sondages montrant une chute des intentions de vote en faveur du Oui que l'opinion a, semble-t-il basculé.

L'autre exemple ce sont les primaires socialistes de 2007 où la victoire de Ségolène Royal est sans doute due à l' « effet sondage. »

Ces exemples montrent que, dans certains cas, on peut trouver des scrutins ou des consultations qui ont subi l'influence des sondages diffusés.

-

L'approche politique

Dans certains cas – et cela rend difficile toute mesure scientifique objective – on est surpris par l'écart existant entre les sondages les plus tardifs (donc les plus proches de l'élection ou de la consultation) et le résultat du scrutin.

Je ne résiste pas à la tentation de citer l'exemple le plus classique et le plus « tragique » aussi pour certains : l'élection présidentielle américaine de 1948 où Truman, successeur de Roosevelt, est candidat contre le républicain Dewey donné largement favori par l'Institut de sondage Gallup.

Le Chicago Herald Tribune, fort imprudemment, avait titré très tôt dans la soirée électorale « Truman battu », ce qui, quelques heures plus tard était démenti par le résultat officiel de l'élection.

Cette bétise avait alors entraîné la faillite du journal et on dit même que lors de l'investiture de Truman en janvier 1949, certains de ses partisans avaient ironiquement observé une minute de silence « à la mémoire du défunt Gallup... »

Mais, sans aller jusque là, si nous nous penchons sur nos élections présidentielles, très souvent il y a un décalage entre les prévisions et le résultat effectif.

En 1981, à quelques mois de l'élection, Valéry Giscard d'Estaing est crédité de près de 60% des voix contre François Mitterrand... On connaît la suite...

En 1995, à quelques semaines du scrutin, Edouard Balladur écrasait, dans les sondages Jacques Chirac, puis le résultat s'inverse et Jacques Chirac, jusqu'à la veille du scrutin s'envole dans les enquêtes pour finalement terminer au coude à coude avec Balladur.

On peut encore citer les élections législatives de 1997 qui donnaient jusqu'à la veille du 1^{er} tour une victoire relativement confortable à la majorité sortante.

Enfin, en 2002 s'est produit ce que l'on a appelé le « coup de tonnerre du 21 avril » qui est gravé dans notre mémoire politique... Certes, ce sont les sondages publiés qui ne préfiguraient pas cette situation, alors que les données brutes non corrigées l'avaient pressentie.

II – L'APPROCHE JURIDIQUE

-

La réglementation

Il faut rappeler ici dans quelles conditions la loi réglementant les sondages électoraux a été édictée. Cela remonte à l'élection présidentielle de 1974. A l'avant-veille du second tour, Alain Poher qui est alors Président de la République par interim, trouve sur son bureau un sondage –qui d'ailleurs sera très proche du résultat final- qui place à égalité Valéry Giscard d'Estaing et François Mitterrand.

Alain Poher demande alors au Directeur du Figaro qui devait publier le sondage de ne pas le faire parce que, si proche du scrutin, il pourrait influencer les électeurs. (malgré l'égalité parfaite...).

Cette intervention va susciter par la suite l'édiction de la loi qui régleme les sondages et qui, dans un premier temps, va interdire la publication de sondages dans la semaine précédant le scrutin.

Nous sommes toujours, actuellement, sous le régime de cette loi.

Les sondages visés par ce texte sont, comme nous l'avons déjà indiqué, ceux qui ont un lien direct ou indirect avec le débat électoral.

La loi de 1977 a mis en place une autorité administrative indépendante qui est la Commission des sondages qui se composait à l'origine de 9 membres : 3 conseillers d'Etat, 3 conseillers à la Cour de cassation, 3 conseillers à la Cour des comptes. Ultérieurement ont été rajoutées 2 personnalités qualifiées et j'ai l'honneur d'appartenir aujourd'hui à cette catégorie.

Cette commission est assistée d'experts qui ne sont pas très nombreux et qui examinent techniquement les sondages qui sont soumis à la Commission avant leur publication.

Que doit remettre l'Institut de sondage à la Commission pour qu'elle puisse effectuer son contrôle ? Le plus significatif des documents transmis n'est pas d'une lourdeur extrême : c'est la notice dans laquelle il n'y a pas de données véritablement sensibles.

Par exemple, il n'y a pas obligatoirement présentée la méthode de redressement des résultats bruts qui, eux, sont cependant communiqués .

Pour les non initiés aux us et coutumes des sondages je vais apporter quelques précisions : Les données brutes sont en fait les chiffres tels qu'ils sont sortis de l'enquête effectuée. Entre ceux-ci et les chiffres publiés, il peut y avoir des écarts assez importants ce qui veut dire qu'ils ont été « redressés » selon une recette dont les instituts de sondages gardent jalousement le secret.

Un exemple : on interroge un échantillon où il y a 42% d'hommes alors que dans la population totale les hommes représentent 44/45% du total. Il faut alors procéder à un redressement pour aboutir à un résultat plus proche de la répartition par sexe.

Autre exemple : dans une région, les résultats bruts donnent une formation politique située à l'extrémité de l'échiquier politique à 10% alors que dans l'élection précédente de référence, elle a obtenu 16%...Il faut alors redresser parce que certains sondés ont caché leur véritable choix. Ici, le redressement se fonde sur les scrutins précédents dits de référence.

Certes les redressements (sinon les recettes...) peuvent être vérifiés par la Commission (il nous est même arrivé d'entendre des représentants des instituts de sondage concernés qui sont cependant réticents à les révéler...) mais ces données ne sont pas facilement accessibles au public.

En effet, on peut bien demander à la Commission de consulter la notice mais il faut bien reconnaître qu'elle n'est pas facilement accessible. Qui plus est, cette notice ne contient pas toutes les données qu'elle devrait produire pour que le contrôle soit efficace.

Et puis se pose la question des sanctions – j’ose à peine employer le terme – que la Commission pourrait prononcer.

En fait, la Commission n’a pas de véritables pouvoirs de sanction. Elle peut simplement imposer aux instituts de sondage de diffuser dans l’organe de presse ou à la radio et à la télévision un communiqué rédigé par elle et expliquant pourquoi elle a émis des réserves sur cette enquête.

L’autre moyen c’est de saisir le garde des Sceaux mais c’est extrêmement rare.

Alors, dans un vaste mouvement de réforme des autorités administratives indépendantes, on a souhaité –y compris la Commission elle-même - réformer le système mis en place en 1977.

C’est le Sénat qui, le premier, s’est emparé de l’affaire et a adopté, en février 2011, une proposition de loi qui a pour objectif de donner plus de transparence aux sondages.

Qu’y a-t-il dans ce texte ?

Tout d’abord l’encadrement des sondages est renforcé puisque désormais, la notice qui devra être fournie contiendra des éléments nouveaux , par exemple l’identité de l’acheteur mais aussi celle du commanditaire. C’est une modification qui trouve sa source dans l’affaire des sondages de l’Elysée.

Ensuite on disposera des données corrigées avec les éléments de redressement et cette notice sera consultable en ligne sur le site de la Commission .

Enfin, a été inscrit dans le texte quelque chose que la Commission avait demandé et qui a eu peu d’écho mais qui a beaucoup agité les instituts de sondage.

Le texte actuellement en vigueur prévoit l’interdiction de publication de sondages de second tour avant le 1^{er} tour, ce qui est impossible à appliquer car cela serait contraire à la liberté d’expression.

Alors notre Commission avait proposé une voie médiane et qui a été plutôt respectée : ne pas publier de sondages de second tour qui ne reposeraient pas sur une hypothèse de premier tour vraisemblable.

Prenons un exemple : en 2007 les instituts de sondage ont effectué des enquêtes sur un duel Bayrou-Sarkozy ou Bayrou-Royal. Or, aucun sondage fiable de premier tour ne donnait François Bayrou dans les deux premiers...

Le Sénat a repris cette proposition raisonnable de la Commission.

S’agissant des sanctions, le texte crée un nouveau délit : le délit d’entrave aux décisions de la commission.

Enfin, il est prévu de modifier la composition de la Commission en la rééquilibrant : on passe de 9 magistrats à 6 et de 2 personnalités qualifiées à 5.

Pour l’instant ce texte a été transmis à l’Assemblée nationale.³⁸⁸

• Les limites

Les limites de la réglementation sont bien connues. Je vais rapidement les présenter. Tout d’abord il faut évoquer la limite de fond. Il s’agit de la compatibilité entre des contraintes trop fortes et la liberté d’expression. C’est d’ailleurs pour cela que la Cour de cassation avait suscité la modification du délai de non publication et que l’on était passé d’une semaine à la veille du scrutin.

Et puis, il y a les limites techniques.

³⁸⁸ A l’heure où ce texte est retranscrit (octobre 2011) le texte n’est toujours pas inscrit à l’ordre du jour de l’Assemblée nationale.

Certaines sont très classiques : les journaux de nos voisins francophones, belges ou suisses, ne tiennent pas compte de la législation française et publient régulièrement –en tout cas pour les élections nationales françaises- des sondages de dernière minute et des estimations anticipées...

Mais évidemment, ces organes de presse étrangers ne peuvent pas être sanctionnés !

Et puis, il y a Internet et tout son réseau social...Je n'insisterai pas tant, ici, la mission de contrôle paraît impossible...

Ai-je répondu à la question posée « Faut-il adapter les règles relatives aux sondages en période électorale ? ».

Je pense que oui !

Une réforme est bien nécessaire pour plus de transparence, plus de pouvoirs conférés à la commission des sondages, une composition plus équilibrée de cette commission.

Mais je voudrais ajouter deux choses.

La première c'est qu'il ne faut jamais oublier que les sondages ne sont que des outils de communication politique. Il faut donc les considérer au même titre que les chroniques, les analyses ou les éditoriaux.

De plus, ces outils de communication ont une date de péremption très courte qui est d'ailleurs dépassée au moment où ils sont publiés, puisqu'ils ne valent que pour le jour où l'enquête est effectuée.

La deuxième chose découle du bon sens : le seul sondage qui compte c'est le sondage grandeur nature, celui qui concerne l'ensemble des électeurs. Mais n'est-ce pas ce qu'en démocratie on appelle une élection ?

Faut-il adapter les règles relatives à la propagande ?

Par Philippe Blanchetier, avocat au Barreau de Paris, membre de la mission parlementaire d'évaluation de la législation sur les comptes de campagne présidée par Pierre Mazeaud

Cette question est d'une singulière actualité à double titre, d'une part, parce que le Conseil constitutionnel, statuant sur la Question prioritaire de Constitutionnalité soulevée par la défense d'un Président de Région, est venu préciser, le 8 avril 2011, que le dispositif encadrant les campagnes électorales n'était pas contraire à la Constitution ; d'autre part parce que l'Assemblée nationale, quelques jours avant la décision du Conseil Constitutionnel, le 5 avril précisément, a adopté la proposition de loi portant simplification de dispositions du Code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique. C'est donc désormais au Conseil d'Etat qu'il appartient de statuer, et ce à l'aune des nouvelles dispositions.

Pour l'essentiel, la proposition de loi adoptée transpose dans notre droit positif les conclusions de la Commission dite Mazeaud, groupe de travail confié à l'ancien Président du Conseil Constitutionnel par Bernard Accoyer, Président de l'Assemblée Nationale, au lendemain des élections législatives, qui avaient vu les sages du Palais Royal annuler plusieurs élections de députés pour des irrégularités parfois vénielles. Mais au-delà des modifications apportées au dispositif « financier du code électoral », le Parlement a saisi l'occasion de ce texte pour venir, « toiletter » le code électoral dans sa partie relative à l'encadrement de la propagande électorale. C'était un mal nécessaire car la situation se caractérisait par des textes obsolètes, inapplicables et donc inappliqués.

La réforme entreprise reste toutefois insuffisante, car ignorante des réalités du terrain, des aléas des campagnes, et qu'elle s'accommode mal des nouvelles formes de propagande et des moyens de communication.

Des textes obsolètes donc, et au premier rang d'entre eux les articles L.165 du Code électoral pour les élections législatives, L. 211 pour les cantonales et L. 240 pour les municipales qui interdisaient : « L'impression et l'utilisation, sous quelque forme que ce soit, de circulaires, tracts, affiches et bulletins de vote pour la propagande électorale, en dehors des conditions fixées par les dispositions en vigueur ». Les dispositions en vigueur étaient celles, essentiellement, de l'article R. 39 de sorte que se trouvaient, en principe, interdites toutes diffusions ou distributions de tract. Ces dispositions trouvaient leur origine dans l'immédiate après-guerre, où notre pays était confronté à une pénurie de papier. Il s'agissait alors de limiter, autant que faire se peut, toute consommation excessive liée à la propagande électorale.

Faisant progressivement abstraction de l'interdiction, le juge de l'élection – qu'il s'agisse du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'Etat- ne censure plus les tracts qui ne comportent pas d'éléments nouveaux de propagande ou auxquels les candidats visés ont pu répondre ou dont le contenu n'excède pas les limites de la polémique électorale, et qui n'affectent donc pas la régularité du scrutin³⁸⁹. Empruntant à Monsieur Maligner³⁹⁰, le juge de l'élection, sur ce point, poursuit « [...] *une incise au demeurant classique correspondant au plus à une réprobation morale, purement platonique* ».

³⁸⁹ CE, 11 janv.2006, El. Cant.de Trets, n° 274576 et CE, 5 avr. 2006, El. mun.de Saint-Eloi, n° 281709.

³⁹⁰ Les conséquences d'un tract tardif [...], B. Maligner, AJDA, 4 sept 2006, p.1564 et s.

Le législateur a tenu compte de cette contradiction entre les textes et les solutions jurisprudentielles et, en conséquence, a modifié les différents articles concernés en supprimant désormais toute interdiction de distribuer des tracts ou documents, ce qui se justifie puisqu'ils contribuent au premier chef à l'information des électeurs. Et pour coller parfaitement à la jurisprudence, un nouvel article 48-2 a été inséré dans le Code électoral ainsi rédigé : *Il est interdit à tout candidat de porter à la connaissance du public un élément nouveau de polémique électorale à un moment tel que ses adversaires n'aient pas la possibilité d'y répondre utilement avant la fin de la campagne électorale*

On observera que la question du délai nécessaire ou suffisant pour apporter une réponse demeure entière et l'on peut sans crainte avancer que le juge de l'élection, sur ce point, ne fera que confirmer sa ligne directrice dont il ressort, synthétiquement, que devient « suspect » tout nouveau tract distribué moins de 48 heures avant le scrutin.

Autre disposition obsolète ou difficilement applicable, celle relative à l'affichage. En l'état de l'article L.51 du Code électoral, des emplacements spéciaux sont réservés, dans chaque commune, par l'autorité municipale pour l'apposition des affiches électorales pendant la durée de la période électorale et, pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'une élection, tout affichage relatif à l'élection est interdit en dehors de cet emplacement ou sur l'emplacement réservé aux autres candidats. Cette disposition est censée prévenir ce qu'on appelle communément « l'affichage sauvage ». Il suffit pourtant de constater, à chaque élection, l'importance du procédé pour mesurer à quel point le respect du texte est illusoire et l'application de cet article hasardeuse. Elle l'est d'autant plus qu'à de très rares exceptions près, les juges des référés, lorsqu'ils ont saisis de demandes tendant à faire cesser ces affichages illégaux, se déclarent incompétent³⁹¹ sur le fondement des arrêts rendus en 1996³⁹² par la Cour de Cassation en Assemblée plénière.

Le législateur, dans la proposition de loi, a essayé de s'adapter. Il a ainsi ajouté la possibilité d'afficher sur les panneaux d'expression libre (lorsqu'ils en existent !!!). Mais il a maintenu l'interdiction de principe et pire, il l'a étendu puisque la période d'interdiction d'afficher en dehors des emplacements a été portée de 3 à 6 mois.

Dans le même temps, les modalités de mise en place des dits emplacements réservés demeurent inchangées. Pour les dernières élections régionales de 2010, les panneaux ont ainsi été mis en place à partir du 7 mars pour une élection le 20 mars.

Pourquoi persister à interdire, voire étendre de 3 à 6 mois l'interdiction d'affichage en dehors des emplacements réservés quand ces emplacements sont mis en place quelque jours avant l'élection et quand cet affichage sauvage se trouve par ailleurs interdit par d'autres dispositions telles que la loi du 29 juillet 1881, le Code de l'environnement,

Le contenu même de la propagande est sujet à d'incessantes controverses. Si la propagande personnelle des candidats est relativement libre (sous réserve de respecter les règles élémentaires tenant au respect de la vie privée, aux dispositions

³⁹¹ Voir pour une application récente CA Paris, 14^{ème} Ch B, 1^{er} sept. 2004, Claude Dilain c/ Ludovic Toro.

³⁹² Ass. plén. 8 mars 1996, *Lalonde c/ Kerckel et autres* ; Ass.plén. 8 mars 1996 *Landouch et autres c/ Perrier et autres* , Bull.civ n°2, D.1996.373 ; JCP.1996.II.22621 ; Gaz. Pal 6-8 juillet 1997,p.34 ; RFD const., 1996, n° 25.

réprimant l'injure ou la diffamation, ...) la propagande dite officielle est de plus en plus encadrée : taille des bulletins et circulaires, nombre de couleurs, mentions obligatoires et interdites, ...

Et pourtant...à chaque élection sont lot de questionnements, de protestations, de recours. Songez qu'il aura fallu attendre une décision du Conseil constitutionnel du 12 juillet 2007³⁹³ pour obtenir confirmation que l'insertion d'une photographie sur un bulletin ne méconnaissait aucune disposition législative ou réglementaire.

Pour éviter que les uns ne soient trop inventifs ou téméraires et les autres trop conservateurs, pour éviter que les bulletins de vote ne finissent par ressembler à des catalogues empilant les noms, slogans, soutiens,pour éviter les inévitables contentieux qui s'en suivent, on pourrait prévoir, mieux, on devrait prévoir, une uniformisation des bulletins, ce qui éviterait, d'ailleurs, les dérives des Commissions de propagande constatées ca et là qui s'arrogent des pouvoirs qu'elles ne tiennent d'aucun texte. En effet, de plus en plus souvent, au mépris du reste des dispositions applicables, des Commissions de propagande s'immiscent dans la sphère de compétence du juge de l'élection, quand ce n'est pas dans celle du juge correctionnel ou dans celle du juge civil (notamment en cas de contrefaçon alléguée), pour contrôler la teneur des documents électoraux alors que leur rôle, mis à part de veiller au respect des tailles, grammages et autres dispositions règlementaires, est avant tout d'assurer le bon acheminement de la propagande officielle jusqu'au foyer des électeurs.

Autre contrainte, et non des moindres, la durée de la campagne électorale et surtout la date de fin de campagne. Point de conflit récurrent, puisque la fin de la campagne diffère selon les élections et selon le support ou le vecteur de diffusion de la campagne.

Le droit (article L.49 du Code électoral) fixait deux limites distinctes :

- le jour du scrutin pour la distribution des bulletins, circulaires et autres documents
- la veille du scrutin à 0 heures (soit le vendredi minuit !!!) pour la diffusion de tout message ayant le caractère de propagande électorale par tout moyen de communication électronique.

Le Parlement a modifié cet article de sorte que la diffusion de tous documents est désormais interdite à partir de la veille du scrutin à 0 heures est désormais interdite. Il n'est toutefois pas certain que cette rédaction corresponde à l'objectif poursuivi qui était d'harmoniser la date à laquelle la campagne par voie de presse d'une part, la campagne par voie audiovisuelle d'autre part, sont interdites.

Les dispositions relatives à l'élection présidentielle fixent la fin de la campagne la veille à 0 heures ce qui, concrètement, prohibe toute forme de communication (écrite ou audiovisuelle) mais également les formes les plus imaginatives de campagne telles que : rassemblement pique-niques, ballades en vélos, défilé de militants aux couleurs du candidat,

Le texte adopté laisse subsister une grande ambiguïté sur ce point, ce qu'on ne peut que déplorer, l'ambiguïté conduisant à la polémique et celle-ci au contentieux.

³⁹³ Cons. const, 12 juillet 2007, A.N, Eure-et-Loir, 3^{ème} circ, n° 2007-3818/3948.

Par ailleurs, sur proposition du Sénat, il a été décidé de rendre applicables les interdictions et restrictions prévues par le Code en matière de propagande à tout message électoral diffusé par voie électronique et inséré un nouvel article 48-1 : « Les interdictions et restrictions prévues par le présent code en matière de propagande électorale sont applicables à tout message ayant le caractère de propagande électorale diffusé par tout moyen de communication au public par voie électronique ».

Le Sénat a justifié cet alignement en expliquant que le juge avait du réinterpréter les dispositions du Code à l'aune d'une réalité nouvelle, celle des technologies de l'information et qu'il convenait de donner un « signal législatif ». Ce dernier devrait conduire au paradoxe que les électeurs pourront consulter chez eux, le samedi, voire le dimanche matin, les documents de propagande des candidats, lesquels seront désormais tenus de rendre inaccessibles leur site internet dès le vendredi soir, alors que cela était autorisé³⁹⁴ à la condition que ne soient pas publiés de nouvelles informations.

Enfin, les députés et Sénateurs ont souhaité harmoniser la durée des différentes interdictions et restrictions de propagande. Synthétiquement, on rappellera que jusqu'à présent, le code électoral interdisait, dans les trois mois qui précèdent le premier jour du mois d'un scrutin :

- la mise en place d'un numéro d'appel téléphonique ou télématique gratuit à l'usage des électeurs (article L. 50-1) ;
- l'affichage hors des emplacements prévus à cet effet (article L. 51) ;
- l'utilisation de « tout procédé de publicité commerciale » (article L. 52-1, premier alinéa) auquel, il faut le souligner, le Conseil d'Etat a assimilé le référencement d'un site internet ou l'achat de mots clefs (Google Adwords)³⁹⁵ !!!

Les sénateurs ont ainsi décidé de mettre en place une durée de référence commune à toutes les interdictions de propagande ce qui, pour eux, constituait un gage de cohérence du droit et marquerait l'entrée dans la « précampagne » six mois avant l'élection. On a ainsi étendu, au-delà du raisonnable à mon sens, le délai des interdictions, restrictions, prohibitions. Une telle position s'accommode mal des réalités des campagnes.

Si certaines restrictions se comprennent, d'autres s'expliquent mal. Ainsi par exemple, de l'extension à six mois de l'interdiction de recourir à un procédé de publicité commerciale et donc, implicitement, d'interdire à un candidat d'obtenir du « trafic vers son site ». On comprend difficilement la motivation de cette restriction puisque le coût de cette opération devrait, en toute hypothèse, être inscrit dans le compte de campagne du candidat.

³⁹⁴ CE, 6 mars 2002, El. Mun de Bagnères-de-Luchon.

³⁹⁵ CE, 13 février 2009, El. Mun de Fuveau.

Cette restriction est le témoin d'une certaine difficulté à appréhender les nouvelles technologies de l'information, comme l'illustre l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 juin 2009³⁹⁶ dans lequel, après avoir constaté qu'un membre de la liste élue avait, la veille du scrutin, adressé sur le réseau social facebook, un message à plusieurs dizaines de personnes, ainsi qu'à des groupes communautaires, a considéré, selon une formule assez classique que ce message exprimait une critique de la municipalité sortante formulée en termes généraux et qu'il ne contenait ni attaques personnelles dépassant les limites de la polémique électorale, ni éléments nouveaux qui n'auraient pas été évoqués lors de la campagne. Il n'en demeure que, dans le cadre d'une élection acquise par un faible écart de voix (une cinquantaine) le procédé aurait pu être jugé constitutif d'une manœuvre.

En décidant de sanctuariser le samedi précédant l'élection, et de « neutraliser » les six derniers mois de campagne en encadrant très strictement les procédés de communication et de diffusion de propagande, il n'est pas certain que le législateur ait choisi la voie idoine.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme rappelle avec constance que l'article 6 de la Convention, qui consacre le principe de liberté d'expression, lequel constitue l'un des piliers d'une société démocratique, souffre mal de restrictions. La France, mais pas qu'elle il est vrai, est fréquemment condamnée pour ingérence et restrictions non justifiées à ce principe, notamment lorsqu'interviennent des condamnations du chef de diffamations ou injures. On peut donc s'interroger sur la conformité à la CEDH des restrictions apportées à la diffusion de la propagande électorale.

En ce qui me concerne, à ces réglementations excessives, voire tatillonnes, je préfère l'approche qui se trouve résumée dans la position du Commissaire du Gouvernement Chaid-Nouraï qui exposait que : « *Le juge de l'élection, dont la fonction est « seulement de garantir l'authenticité des résultats » « n'est pas plus censeur de moralité qu'il n'est en principe juge des simples méconnaissance des lois et règlements divers concernant l'élection »*³⁹⁷.

De ces propos il résulte que le juge de l'élection n'assure pas un contrôle de la légalité de l'élection mais plutôt de sa sincérité voire, parfois, de sa moralité.

Le législateur aurait du faire prévaloir cette approche en se gardant d'adopter des règles trop contraignantes, source inévitables de contentieux, pour privilégier et renforcer la répression des comportements déloyaux et les atteintes volontaires à la sincérité du scrutin, ce qu'il a, il faut le reconnaître³⁹⁸, partiellement fait en prévoyant désormais l'inéligibilité d'un candidat auteur de manœuvres frauduleuses ayant eu pour effet ou objet de porter atteinte à la sincérité du scrutin.

³⁹⁶ CE, 12 juin 2009, El. Mun. de Montmorency.

³⁹⁷ Concl. Chaid-Nouraï sur CE, 22 déc.1989, El. mun.de Cannes, Rec. Leb., p. 269.

³⁹⁸ Nouvel article L.118-4 du Code électoral.

5. Les organes de contrôle

Faut-il adapter le contrôle de la Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques (CNCCFP) ?

Par François LOGEROT, Premier président honoraire de la Cour des comptes, Président de la CNCCFP

Afin de répondre à la question posée, il paraît nécessaire de rappeler brièvement quel est le cadre dans lequel se situe le contrôle des comptes de campagne ; on verra ainsi que si certaines adaptations peuvent procéder d'initiatives de la commission elle-même, elles sont davantage à attendre de l'adoption en ce mois d'avril 2011 des trois lois constituant le « paquet électoral ».³⁹⁹

I. Le cadre du contrôle des comptes de campagne

A) LE CADRE JURIDIQUE DU CONTROLE DES COMPTE DE CAMPAGNE

Il n'est pas nécessaire de rappeler l'ensemble des règles applicables au financement des campagnes électorales déjà évoquées dans d'autres contributions, mais de rappeler quelques caractères marquants des dispositions du Code électoral et de l'application qu'en a faite la jurisprudence.

Le Code électoral, en cette matière, procède essentiellement des lois de 1988 et 1990 ainsi que de l'ordonnance de 2003 qui a notamment officialisé le statut d'autorité administrative indépendante de la CNCCFP.

Il édicte certaines règles précises en créant des contraintes pour le candidat telles que : l'obligation de désigner et déclarer en préfecture un mandataire financier, lequel doit ouvrir un compte bancaire unique et exclusivement dédié aux opérations de la campagne ; l'interdiction absolue pour le candidat de recevoir directement les dons de personnes physiques, ainsi que de payer lui-même quelque dépense que ce soit postérieurement à la déclaration de son mandataire ; la fixation d'un délai impératif pour le dépôt du compte de campagne.

³⁹⁹ Il est piquant de constater que ces trois lois, publiées au Journal officiel du 19 avril 2011, portent la date même du colloque de Toulouse : 14 avril 2011.

À l'inverse, d'autres dispositions sont beaucoup moins précises, voire incertaines, et sont à l'origine de nombreux malentendus ou erreurs de la part du candidat : par exemple, le code ne contient pas de véritable définition du *caractère électoral de la dépense*, alors que c'est le critère sur lequel doit se fonder l'acceptation ou le refus de l'inscription de cette dépense dans le compte de campagne. Pire encore, selon les articles, les termes de dépenses « engagées » ou « effectuées » sont utilisés, et les mots « en vue de l'élection » sont bien vagues. La jurisprudence est venue heureusement proposer une définition un peu plus rigoureuse de la dépense électorale, celle qui vise « l'obtention des suffrages » et qui peut donc relier le candidat à l'électeur. De même, l'ambiguïté des termes utilisés à l'égard du mandataire, dont la « désignation » est sans effet tant qu'elle n'est pas suivie de sa « déclaration », a pu égarer plus d'un candidat qui a de bonne foi procédé à la première sans y ajouter la seconde...

Enfin, certaines formules retenues par le code paraissent inutilement compliquées. Ainsi, la déclaration du mandataire financier doit être faite à la préfecture du domicile du candidat, et non à celle du lieu de l'élection ; le délai imparti à la CNCCFP pour statuer sur les comptes de campagne a pour point de départ soit la date limite de dépôt de ceux-ci lorsque l'élection donne lieu à contentieux (deux mois), soit la date réelle du dépôt de chaque compte dans le cas général (six mois), ce qui n'est pas sans compliquer le travail de la commission puisque les comptes d'une même circonscription sont naturellement instruits en même temps.

Le cadre législatif n'est donc pas exempt d'imperfections, dues en général à une rédaction hâtive jamais réexaminée, bien que l'ordonnance du 8 décembre 2003 ait déjà apporté, à l'initiative de la commission, quelques améliorations notables.

La jurisprudence : le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont développé depuis une vingtaine d'années des éléments de jurisprudence généralement convergents, qu'il appartient évidemment à la commission d'appliquer ; ainsi, les deux instances s'accordent sur les proportions, par rapport aux dépenses totales et aux plafonds de dépenses, au-delà desquelles les dépenses payées directement par le candidat, son suppléant, ses colistiers ou les membres de son équipe de campagne ne sont pas acceptables et entraînent le rejet du compte ; de même, le non respect des formalités substantielles est traité parallèlement par les deux juridictions.

Cependant, il est des sujets sur lesquels n'existent que peu de décisions et que pourtant la commission doit traiter quand ils apparaissent à l'examen des comptes ; elle s'efforce de définir une position qu'elle fait connaître dans les documents d'information qu'elle publie, et la maintient parfois pendant plusieurs années avant qu'intervienne une décision juridictionnelle. S'il advient que le juge – celui de l'élection ou celui du compte – la désavoue, il s'ensuit une phase délicate d'adaptation pour les candidats comme pour la commission. Quelques exemples peuvent être cités : le Conseil d'État a considéré que le défaut de présentation du compte par un expert-comptable pouvait être régularisé jusqu'à la décision de la commission sur ce compte ; il a décidé que l'achat d'objets promotionnels ne pouvant être assimilés à des cadeaux en raison de leur faible coût unitaire et du caractère aléatoire et non personnalisé de leur distribution devait être considéré comme une dépense électorale remboursable, alors que la commission estimait injustifiée la mise à la charge du contribuable de l'acquisition d'objets ne contribuant pas au débat électoral et dont l'impact réel sur l'électeur reste à démontrer. Le Conseil constitutionnel a réaffirmé en 2009 une ancienne jurisprudence, reposant sur un très petit nombre de décisions, selon laquelle les frais exposés par un représentant de formation politique venu soutenir un candidat ne constituaient pas des dépenses électorales : il sanctionnait ainsi une position plus nuancée et appliquée à plusieurs reprises par la commission, soucieuse de l'exhaustivité du compte et d'une égalité meilleure entre les candidats.

Outre ces remises en cause – heureusement peu nombreuses au total –, la commission observe aussi des variations dans le temps de la jurisprudence. Ainsi, les juridictions ont été longtemps sévères à l'égard de l'insincérité d'un compte de campagne, quand l'absence d'une dépense sans conteste électorale était d'un montant significatif ; l'une des trois invalidations de députés en 2007 avait été prononcée par le Conseil constitutionnel⁴⁰⁰ pour ce motif, que la commission pour sa part n'avait pas retenue. Mais une décision récente du Conseil d'État⁴⁰¹, qui donne raison à la commission sur le fond (il y a bien omission d'une dépense payée par le parti), conclut que le rejet du compte a été prononcé à tort parce que la réintroduction de la dépense en concours en nature n'a pas pour effet un dépassement du plafond : l'insincérité avérée n'est donc plus déterminante...

Aux fluctuations ou incertitudes qui marquent le cadre juridique s'ajoutent d'autres contraintes qui conditionnent l'action de la commission.

⁴⁰⁰ A.N. Hauts-de-Seine (12^e circ.), 29 novembre 2007.

⁴⁰¹ Élections régionales, La Réunion, 26 janvier 2011.

B) LES CONTRAINTES SPECIFIQUES

1°) On peut dégager trois caractéristiques des travaux de la commission.

Les délais dans lesquels doivent être rendues les décisions sont impératifs : si les six mois dans le cas général peuvent être considérés comme suffisants, sous réserve d'une programmation rigoureuse des travaux, en revanche la limitation à deux mois dans le cas où il y a contentieux oblige les rapporteurs de la commission à une instruction très rapide ; elle ne permet d'avoir avec les candidats qu'un seul échange contradictoire, ce qui peut être problématique si le compte appelle beaucoup d'observations ou si de nombreuses pièces justificatives sont à réclamer. Généralement, la proportion de circonscriptions concernées est faible, mais il y a deux exceptions : toutes les circonscriptions des élections européennes ont été touchées par des contentieux en 2009 ; après les élections régionales de mars 2010, des protestations électorales ont été déposées devant le Conseil d'État dans 19 régions sur 26, où s'étaient présentés les trois-quarts des candidats. Il a donc fallu une mobilisation exceptionnelle des équipes de contrôle pour que l'ensemble des décisions soient notifiées dans le délai, et qu'aucun compte ne soit réputé approuvé du fait que la commission n'aurait pu se prononcer à temps.

Une deuxième caractéristique du contrôle est *la très grande variété des situations* selon le type de scrutin : mis à part le cas de l'élection présidentielle, spécifique à tous les égards et pour laquelle la commission n'a connu qu'une expérience en 2007, on peut distinguer deux catégories d'élections. D'une part, celles qui impliquent un grand nombre de circonscriptions, avec une moyenne de candidats de cinq à sept pour chacune : on peut alors parler de contrôles de masse (législatives 2007 : 7 395 comptes déposés ; municipales et cantonales 2008 : 9 588 comptes), avec également une grande dispersion des montants de dépenses en fonction des plafonds (qui vont eux-mêmes de quelques milliers d'euros pour les cantonales à une moyenne de 70 000 euros pour les législatives et jusqu'à 440 000 euros dans les grandes villes). D'autre part, les élections européennes et les élections régionales, dans de vastes circonscriptions, où le nombre de comptes est réduit (150 en 2009 pour les premières, 249 en 2010 pour les secondes), mais avec des comptes pouvant atteindre plus d'un million d'euros et posant des problèmes particuliers tels que la mutualisation de certaines dépenses par l'intervention du parti ou des opérations de campagne communes à plusieurs listes.

Cependant, dans les deux cas, s'impose *la même obligation d'examiner chacune des opérations* de recette et de dépense de chaque compte ; il ne peut s'agir en effet d'un contrôle par sondages, puisque la finalité du contrôle est de fixer le montant du remboursement sur fonds publics auquel a droit le candidat, et aussi parce que, de toutes façons, la qualité de présentation du compte et le degré de fiabilité des pièces présentées sont également très variables.

Le troisième aspect à souligner découle de la nature même des activités de la commission : c'est le *caractère cyclique* de la tâche de contrôle des comptes de campagne, liée au calendrier électoral, et bien qu'on ne doive pas oublier que des élections partielles ont lieu chaque année (de trente à soixante scrutins). En termes de force de travail disponible, cette variation dans l'activité impose à la commission de disposer d'effectifs suffisants en tous temps, ce qui implique de combiner un petit nombre de spécialistes permanents et un nombre élevé, jusqu'à 180, de collaborateurs à titre temporaire. La souplesse d'emploi nécessaire va de pair avec le souci de la plus grande économie de moyens budgétaires.

les moyens dont dispose la commission sont en effet strictement mesurés : un budget se situant entre 4 et 5 millions d'euros, une quarantaine d'emplois à temps plein. Ces chiffres peuvent paraître faibles, car ils sont à mettre en rapport avec ceux de la « production » de la commission, qu'on peut illustrer par le nombre de décisions déjà mentionné, mais aussi par le volume global des remboursements au bénéfice des candidats : de 27,5 millions d'euros aux européennes de 2009 à 43,1 millions pour les élections législatives de 2007 et 72,8 millions pour les élections locales de 2008. Il faut rappeler aussi que la commission exerce une autre mission, celle du contrôle des comptes annuels, certifiés par les commissaires aux comptes, de quelque deux-cent-cinquante partis politiques.

Enfin, tout autant que la limitation de ses moyens financiers, la commission doit œuvrer avec des capacités d'investigation réduites. Elle ne dispose pas de relais sur le territoire, le suivi des campagnes électorales par les revues de presse ou par la consultation des sites internet ne peut-être ni général, ni exhaustif. En outre, elle n'est investie d'aucun pouvoir d'inquisition auprès des candidats ou des partis qui les soutiennent ; le recours, prévu par le Code électoral, à l'assistance des officiers de police judiciaire est en réalité illusoire, car incompatible avec les délais impartis à la commission pour statuer.

Dans ces conditions, l'efficacité du contrôle repose sur l'expertise des rapporteurs et celle des chargés de missions du service juridique qui les encadrent, et sur la qualité de la procédure contradictoire qu'ils conduisent avec les candidats. Et c'est en utilisant au mieux les armes dont elle dispose que la commission peut chercher à adapter son contrôle pour répondre aux attentes des candidats comme aux évolutions constatées dans le contenu et les orientations des campagnes électorales.

II. Les adaptations à l'initiative de la commission

A) LES RELATIONS AVEC LES CANDIDATS

Continuant dans la voie qu'elle a suivie depuis sa création, la commission peut améliorer son fonctionnement dans plusieurs directions.

1°) L'information des candidats sur leurs droits et leurs devoirs a toujours été au centre des préoccupations de la CNCCFP. Sur son site internet sont mis en ligne les formulaires du compte de campagne, de ses annexes et une notice pratique d'utilisation. En outre, un *guide du candidat et du mandataire* est mis à jour pratiquement chaque année en fonction des nouveautés qui peuvent apparaître dans la doctrine de la commission et dans la jurisprudence, et bien entendu dans la législation applicable : ainsi en cette année 2011 sera éditée une nouvelle version intégrant les dispositions des lois composant le « paquet électoral » que vient d'adopter le Parlement. Il existe aussi un guide complémentaire destiné aux candidats à l'élection présidentielle et rendant compte des particularités de la réglementation propre à ce scrutin. Comme lors de la précédente édition en 2006, ce « mémento » a été soumis en cette année 2011 à l'avis du Conseil constitutionnel, qui est l'autorité de référence pour tout ce qui touche à cette élection.

La commission édite également sur son site des textes préparés par son service juridique et répondant aux questions les plus souvent posées par des candidats ou en leur nom et qui n'auraient pas trouvé de solution détaillée dans le guide précité. Ces textes réservent toutefois la décision de la commission sur le cas qui pourrait lui être soumis, l'ensemble des circonstances pratiques ne pouvant être évidemment envisagé à l'avance.

Enfin, sur le site internet se trouvent aussi les rapports d'activités, des extraits de presse ou des documents audiovisuels (interviews du président par exemple) qui constituent aussi l'information générale, non seulement des candidats mais aussi du grand public. À ce propos, il faut mentionner l'extension soudaine qu'a prise en 2010 l'usage du droit de communication qui s'applique à tous les documents reçus ou émis par la commission, en exécution de la loi du 17 juillet 1978 qui régit l'accès aux documents administratifs. Les demandes de communication se sont multipliées à l'égard des comptes des partis, à la suite de « l'affaire BETTENCOURT » et des controverses à propos des « micropartis », mais aussi en ce qui concerne les comptes de campagne et l'ensemble de leurs pièces justificatives, ce qui entraîne une lourde charge de mise en état des documents afin d'en éliminer toute référence personnelle susceptible de porter atteinte à la vie privée, en particulier celle des militants, des membres des équipes de campagne et bien entendu des donateurs.

Un deuxième point d'application des efforts en direction des candidats concerne l'amélioration de la procédure contradictoire qui prend place, comme la loi l'impose, dans la période d'instruction des comptes de campagne. Les demandes d'explication ou de complément de pièces adressées aux candidats doivent être courtoises dans la forme et claires sur le fond, en leur expliquant la nature et la raison des observations et des conséquences encourues quant à l'acceptation des opérations, leur réformation ou encore quant au risque de rejet du compte. Il faut aussi expliquer au candidat pourquoi des questionnaires successifs peuvent lui être adressés à la suite de ses premières réponses. La commission a également décidé, depuis 2009, de faire connaître aux candidats les *dénonciations* dont ils sont l'objet, en informant les auteurs de celles-ci de cette transmission : cette façon de procéder a paru en effet répondre à un double souci de transparence et de moralisation de la vie publique, et n'a pas soulevé jusqu'ici de difficulté notable, alors qu'une certaine recrudescence de cette pratique a été constatée. Il arrive en effet assez fréquemment que des concurrents ou de simples citoyens réunissent des informations sur ce qu'ils pensent, à tort ou à raison, constituer des infractions aux règles dans un délai qui excède celui, très court⁴⁰², de présentation d'une protestation électorale devant le juge de l'élection. L'issue qui reste est de saisir la commission, qui s'estime tenue d'instruire sur les faits allégués et d'en tirer les conséquences éventuelles, mais dans la clarté à l'égard des candidats comme des intervenants.

Perfectionner la présentation et la formulation des décisions de la commission constitue une troisième orientation récente. En effet, il est nécessaire que le candidat trouve dans la décision le concernant l'explication dans des termes simples et précis des éléments de la décision, en particulier ceux qui ont une influence sur le montant du remboursement qui lui est alloué ; mais il est également de l'intérêt de la commission, soit à l'égard du juge de l'élection amené à connaître des décisions de rejet, soit envers le juge du compte⁴⁰³ saisi par un candidat insatisfait, que les contentieux éventuels aient lieu à partir de décisions explicites et soigneusement motivées. Dans ce but, les « considérants-types » correspondant aux irrégularités ou défauts les plus fréquentes sont revus, complétés et adaptés en tant que de besoin. Une innovation récente a consisté à traiter systématiquement, dans les décisions concernant des élus faisant l'objet d'un contentieux électoral, les griefs d'ordre financier formulés dans les recours, alors qu'auparavant la commission n'en faisait pas état si elle les considérait infondés ; il lui a semblé qu'il était opportun de faire connaître au juge son opinion sur les points auxquels il devra lui-même apporter sa propre réponse.

B) UNE MEILLEURE UTILISATION DES MARGES D'APPRECIATION

⁴⁰² Cinq ou dix jours selon le type de scrutin.

⁴⁰³ On rappellera qu'en application d'un décret du 22 février 2010, celui-ci est le tribunal administratif (en l'occurrence celui de Paris) et non plus le Conseil d'État, sauf pour l'élection présidentielle où le juge est le Conseil constitutionnel.

Au-delà des améliorations qu'elle peut apporter à ses relations avec les candidats, la commission a également le souci d'utiliser pleinement – et plus peut-être que par le passé – les marges d'appréciation que lui reconnaissent les textes et la jurisprudence, en veillant à ne pas risquer l'arbitraire et à ne pas porter atteinte aux principes sur lesquels repose le financement des campagnes électorales.

Sur les questions de présentation du compte de campagne, la commission ne dispose pas en principe d'une grande liberté d'action, car il existe en cette matière des formalités substantielles dont la stricte application doit précisément être vérifiée. L'expérience acquise a montré cependant que l'examen auquel se livre la commission peut laisser place à des considérations d'équité ou de bon sens. Par exemple, lorsque le compte n'est pas produit ou l'est avec retard, il y a lieu de vérifier si des éléments constitutifs de la *force majeure* ne sont pas à prendre en compte (catastrophes naturelles, grèves, décès...). De même, si l'absence d'ouverture d'un compte bancaire par le mandataire financier est en principe une irrégularité entraînant le rejet, la commission a été conduite à ne pas prononcer cette sanction si l'analyse du compte montre que seuls des concours en nature ont été utilisés par le candidat à l'exclusion de toute opération financière faisant intervenir obligatoirement le mandataire.

Sur les dépenses électorales, la commission a toujours fait preuve de modération et de réalisme, contrairement à ce qui est parfois avancé par des « politiques » ou des commentateurs. Il y a lieu en effet de distinguer les observations émises par les rapporteurs, qui peuvent en effet apparaître parfois « tatillonnes » – mais c'est leur rôle de bien apporter toute la lumière nécessaire à l'apurement du compte – et les décisions de la commission qui reprend ou non ces observations en tout ou en partie.

En pratique, la commission ne retient pas les réformations d'un montant non significatif, sauf s'il s'agit de maintenir une interdiction absolue comme celle des dépenses personnelles ; elle se montre également réaliste lorsque les pièces justificatives fournies ne sont pas entièrement probantes mais rendent plausibles la réalité de la dépense et son caractère électoral. En revanche, elle se montre plus intransigente sur des points qui lui paraissent importants par principe, même si les montants en cause paraissent modestes : les dépenses internes à l'équipe de campagne ; l'inscription au compte de la totalité des dépenses d'équipement (ordinateurs, téléphones portables...) alors que seule la valeur d'usage peut être admise ; les charges de fonctionnement normales du parti mises abusivement à la charge du candidat figurent parmi ces causes invariables de réformation. Quant aux causes de rejet, telles que l'insincérité du compte par omission de dépenses, ou l'acceptation de recettes prohibées, elles ne sont retenues que si leur montant ou leur proportion dans les opérations sont significatives, et non marginales.

Un cas intéressant est celui des *dépenses directes* effectuées par le candidat ou pour son compte ; interdites par le code, elles sont reconnues par la jurisprudence, comme à peu près inévitables, s'agissant de menues dépenses pour lesquelles l'intervention du mandataire ne peut pas être raisonnablement exigée en toutes circonstances. La commission est même sur ce point sensiblement plus compréhensive que les juges, acceptant des proportions allant jusqu'à 3 % du plafond autorisé et jusqu'à 10 % des dépenses du compte. Si l'un de ces ratios est dépassé, la commission se fonde sur la nature et le montant unitaire des dépenses pour accepter ou non les opérations. Encore fait-elle abstraction des dépenses qui, en pratique, peuvent difficilement passer par le mandataire comme la location d'un véhicule pour laquelle l'usage d'une carte bancaire est en fait obligatoire.

Au total, la commission ne peut être considérée comme trop sévère ou exagérément répressive ; en témoignent les pourcentages des décisions de rejet, qui se situent généralement entre 2,5 % et 5 % du total des décisions (avec une exception à 11,8 % pour les élections européennes de 2009, mais pour un nombre restreint de comptes, 19 sur 150) ; quant aux décisions comportant des réformations, elles sont de l'ordre de 20 % à 35 % du total pour les élections « de masse », plus fréquente pour les autres car les comptes sont plus volumineux en moyenne et comportent une plus grande diversité d'opérations.

Les développements qui précèdent montrent que la commission s'efforce d'adapter en permanence ses méthodes et ses comportements dans le sens d'une application raisonnée des règles et avec l'objectif de maintenir l'homogénéité de ses décisions, protectrice de l'égalité entre les candidats, ainsi que la fidélité aux principes définis par le Code électoral. Des adaptations d'une plus grande ampleur sont à attendre de la mise à jour des règles qui va résulter des lois récemment adoptées.

III. Les adaptations à attendre de l'adoption du « paquet électoral »

Les trois lois votées définitivement le 5 avril 2011 se présentent comme une suite donnée par le législateur aux observations et propositions du Conseil constitutionnel et de la mission désignée en 2008 par le président de l'Assemblée nationale et dirigée par M. Mazeaud. Le Parlement devait en tout état de cause être saisi d'un projet de loi ratifiant l'ordonnance du 29 juillet 2009 relative à l'élection des députés par les Français établis hors de France, ainsi que de dispositions organiques relatives à l'élection des députés en particulier sur le régime des inéligibilités. Il est heureux que le Parlement ait saisi cette occasion pour débattre d'une proposition de loi révisant certaines des dispositions du Code électoral, notamment quant aux aspects financiers des campagnes ; encore faut-il souligner que le texte initial de l'Assemblée nationale a été considérablement enrichi par le Sénat grâce au rapport très substantiel fourni par le groupe de travail constitué par sa commission des lois. La CNCCFP, pour sa part, n'avait cessé de préconiser des améliorations et des clarifications des textes, en particulier dans ses rapports d'activité pour 2007 et 2008, et regrettait que l'organisation de ces débats ait été si tardive. Pour autant, elle constate qu'un grand nombre des règles nouvelles apportent une réponse – ou un début de réponse – aux questions qu'elle avait elle-même soulevées.

A) LES AMENAGEMENTS APPORTES AUX REGLES DE BASE

1°) Des améliorations notables sont apportées aux règles intéressant le mandataire financier et l'expert-comptable.

S'agissant du premier, les imprécisions du code sont supprimées en ce sens que sa *déclaration en préfecture* est désormais une formalité préalable à l'enregistrement de la candidature, ce qui devrait éviter un nombre important de rejets des comptes de campagne. Peut-être aurait-il été judicieux de prévoir, comme l'avait suggéré la commission, que la déclaration soit faite à la préfecture du lieu de l'élection plutôt qu'à celle du domicile du candidat. L'autre innovation importante est la reconnaissance d'un véritable « *droit au compte bancaire* » du mandataire, assorti d'une procédure simple et rapide pour le rendre effectif : là encore, un motif de rejet devrait être moins fréquent, mais les difficultés des candidats concernent aussi l'obtention de l'emprunt, sujet sur lequel rien n'est prévu mais qui est, il est vrai, difficile à régler.

S'agissant du second, la loi définit maintenant *le rôle de l'expert-comptable* chargé de présenter le compte : il consiste à mettre celui-ci en état d'examen, c'est-à-dire à s'assurer de sa rectitude formelle, et à vérifier la présence des pièces justificatives. Dès lors qu'il ne s'agit en aucune manière d'une certification, cette définition peut être considérée comme satisfaisante car elle pourra donner à la commission une référence pour relever d'éventuels manquements et les signaler à l'autorité professionnelle, et aussi parce qu'elle justifiera mieux que par le passé des honoraires quelquefois peu en rapport avec le service rendu.

Les obligations quant au dépôt des comptes de campagne sont quelque peu assouplies. D'une part, *la date limite de dépôt* est unifiée au 10^e vendredi après le premier tour du scrutin, quelle que soit la date à laquelle l'élection est acquise, ce qui devrait éviter toute confusion conduisant certains candidats à déposer leur compte hors délai. D'autre part, la principale nouveauté réside dans *l'exonération de l'obligation de dépôt* en faveur des candidats ayant obtenu moins de 1 % des suffrages exprimés, à la condition qu'ils n'aient pas perçu de dons de personnes physiques « selon les modalités prévues à l'article 200 du Code général des impôts ». Cette formulation ne paraît pas très heureuse puisque les dons en espèces, possibles jusqu'au montant de 150 euros, donnent lieu à délivrance d'un reçu-don et que leur utilisation doit pouvoir être contrôlée bien qu'ils n'ouvrent pas droit à l'avantage fiscal. Il appartiendra à la commission de vérifier systématiquement le cas des candidats concernés par rapprochement avec la liste de ceux auxquels les préfectures auront délivré des formules de reçus-dons. Quant à l'allègement de charge qui en résultera, il sera sensible seulement, selon les constatations faites précédemment, pour les élections législatives où le nombre de candidats est traditionnellement très élevé du fait de l'incidence du nombre de voix obtenues sur la répartition de l'aide publique aux partis politiques⁴⁰⁴ ; il pourrait en être de même pour les futures élections des conseillers territoriaux, puisque désormais une part de l'aide sera indexée sur les résultats à ces élections.

⁴⁰⁴ À ce propos, et contrairement à certaines interprétations, les voix comptabilisées par les candidats ayant obtenu moins de 1 % des suffrages comptent pour la répartition de l'aide publique, dès lors que leur parti a présenté au moins cinquante candidats ayant chacun dépassé ce seuil (ou un candidat,

Sont à signaler également les dispositions prévoyant l'actualisation chaque année en fonction de l'inflation des plafonds de dépenses – laquelle n'intervenait jusqu'ici que tous les trois ans – ainsi que des montants maxima des dons aux partis et aux candidats fixés en valeur absolue dans le code et restés inchangés depuis longtemps.

Il est souhaitable que cette actualisation intervienne le plus tôt possible dans l'année précédant des élections générales.

B) LES REFORMES TOUCHANT A DES QUESTIONS DE FOND

La première réforme importante est *l'application aux élections sénatoriales*, à partir de 2014, de l'ensemble des dispositions du Code électoral relatives aux comptes de campagne. Décidée à l'initiative du Sénat lui-même, cette extension est logique et l'égalité des armes entre les candidats à ces élections au second degré y gagnera certainement. Il en résultera un accroissement de charges pour la CNCCFP, dès la première année d'application puisqu'interviendront aussi en 2014 les élections municipales, territoriales et européennes.

Parmi les autres mesures contenues dans le paquet électoral, trois sont particulièrement significatives du point de vue de la commission.

1°) les décisions relatives aux comptes de campagne peuvent comporter une réduction du montant du remboursement – tel qu'il ressort des éléments du compte et des éventuelles réformations – « en fonction du nombre et de la gravité des irrégularités » relevées dans le compte. La commission préconisait cette mesure, dont elle disposait déjà dans le cas de l'élection présidentielle, afin d'élargir son pouvoir d'appréciation, sous le contrôle du juge, en évitant le dilemme devant lequel elle se trouvait parfois : soit rejeter un compte pour une irrégularité avérée mais d'un montant modeste, en valeur absolue ou par rapport à l'ensemble des dépenses, ce qui prive le candidat de tout remboursement et l'expose à la déclaration de son inéligibilité ; soit ne pas rejeter le compte, et ainsi « passer l'éponge » sur l'irrégularité qui n'est donc en rien sanctionnée. Le pouvoir de modulation ainsi reconnu à la commission permettra sans aucun doute de réduire encore le nombre de décisions de rejet, par exemple en cas de don d'origine prohibée, de dépense omise ou d'excès de paiements directs par le candidat. C'est sans doute la mesure la plus positive du « paquet électoral » dans le sens d'une application équitable des règles.

pour l'Outre-mer) ; l'argument présenté pour les dispenser du dépôt d'un compte et tiré du fait que ces candidats « ne pèsent pas » sur le financement de la vie politique n'est donc pas exact. La commission, pour sa part, n'était pas favorable à cette mesure pour des raisons de principe : égalité entre les candidats, absence de lien a priori entre les sommes dépensées et les voix obtenues.

Le juge de l'élection reçoit le pouvoir de fixer lui-même le montant du remboursement alloué au candidat, dans le cas où il considère que la commission n'a pas statué « à bon droit ». Jusqu'à présent, ainsi que le Conseil d'État l'a dit à plusieurs reprises, le juge de l'élection n'était pas lié par la décision de la commission, mais ne pouvait lui substituer la sienne, et le candidat devait, s'il s'y croyait fondé, se retourner vers la commission pour lui demander une nouvelle décision, qu'il pouvait attaquer ensuite en plein contentieux devant le juge du compte. La nouvelle règle peut apparaître comme une simplification, mais sa bonne application devra être rodée. En effet, entre l'approbation pure et simple et le rejet du compte, il y a place pour des réformations que seule une analyse détaillée des opérations permet d'établir : il faudra donc que le juge de l'élection y procède, au besoin en s'appuyant sur l'instruction réalisée par la commission.

En outre se pose également *la question du reversement à l'État* du remboursement déjà reçu si le juge désapprouve la décision qui l'avait fixé, et décide le rejet du compte : un amendement explicite adopté en ce sens par l'Assemblée nationale a été supprimé par le Sénat, qui a considéré qu'une rédaction plus générale était suffisante. Sur ce point, une disposition complémentaire sera sans doute nécessaire.

Une modification radicale des dispositions sur l'inéligibilité, prend en compte le cas des parlementaires alors que jusqu'ici la bonne foi ne pouvait être retenue par le Conseil constitutionnel – ce qu'il avait dénoncé à plusieurs reprises. Elle ne concerne la CNCCFP que de façon indirecte. Mais en exigeant que le juge fasse désormais la preuve d'une volonté de fraude ou établisse une infraction particulièrement grave aux règles relatives au financement des campagnes, tout en lui donnant la possibilité de porter à trois ans la durée de l'inéligibilité applicable de surcroît à tous les types d'élection, la loi a, sur ce point encore, élargi la gamme des sanctions et remédié à une application trop indifférenciée.

Toutefois, on rappellera que la cause principale des saisines du juge de l'élection par la commission est l'absence de dépôt du compte dans le délai imparti (de 40 % à 60 % du nombre de saisines selon les élections) et que dans ce cas la décision sur l'inéligibilité demeurera quasi-automatique.

Le cadre général dans lequel la CNCCFP est appelée à agir se trouve sensiblement modifié, et dans le bon sens puisque des clarifications et des améliorations sont apportées sans revenir sur les principes fondamentaux du financement des campagnes électorales, qui ne font plus l'objet de contestation dans les milieux politiques. Il appartient à la commission d'adapter ses méthodes de travail et de poursuivre activement la diffusion d'une information claire et complète des candidats.

Pour autant, les règles nouvelles ne peuvent à elles seules donner des réponses à toutes les questions qui pourront surgir du fait de l'élargissement ou de la modification du champ du contrôle : extension aux élections sénatoriales, création des conseillers territoriaux investis d'une double représentativité régionale et départementale, définition de 11 circonscriptions nouvelles pour l'élection des députés représentant les Français établis hors de France. Cette dernière réforme suscite l'inquiétude de la commission quant à la bonne application des règles communes ou spécifiques, du fait de l'éloignement et de la grande étendue des circonscriptions, de la multiplicité des lieux où pourront être effectuées des dépenses en monnaies étrangères, payées par des représentants des mandataires, parfois sur des comptes bancaires ouverts localement dans des pays pratiquant un contrôle des changes, etc.

Plus généralement, la révision du Code électoral doit se poursuivre puisque la tâche de codification des textes encore épars et le « toilettage » de rédaction dont elle sera l'occasion va aboutir avant la fin de l'année 2011. Au-delà de cette remise en ordre à droit constant, le Gouvernement est invité à présenter au Parlement des projets de lois ordinaires ou organiques continuant le travail de réforme déjà amorcé. La commission se propose de contribuer encore, dans son domaine de compétence, à cette œuvre de modernisation, en mettant à profit l'expérience que lui confèrent ses vingt années d'existence.

Faut-il adapter le rôle du juge et les sanctions ?

par Jean-Pierre Camby, fonctionnaire parlementaire, docteur en droit.

L'office du juge électoral n'est pas aisé : intervenant dans un conflit mettant en cause des élus, lesquels ne sont guère portés à admettre qu'un juge puisse revenir sur le résultat du suffrage universel, parfois soumis à des pressions médiatiques, animé par un souci exclusif d'appréciation de la sincérité du scrutin ou du compte de campagne et non de leur moralité, conduit par une logique concrète qui consiste non pas à sanctionner les irrégularités de la campagne en elles-mêmes mais leur incidence, il n'en est pas moins un juge, mais sa situation est originale si on la compare à d'autres branches du contentieux. Ce phénomène est aggravé par le fait que l'annulation d'une élection provoque la campagne suivante : le jugement n'apaise pas les parties, il relance au contraire la compétition et il en devient parfois un sujet.

Pourtant, le juge électoral est incontestablement un juge. Dans le contentieux électoral, tous les critères juridictionnels sont présents, à commencer par l'existence d'une contestation dont le juge est saisi. Ainsi l'article 33 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 dispose-il : « *L'élection d'un député ou d'un sénateur peut être contestée devant le Conseil constitutionnel dans les dix jours qui suivent la proclamation des résultats du scrutin* ». Le juge ne peut statuer *ultra petita* lorsque le requérant modifie ses conclusions devant le Conseil d'Etat (C.E. 10 avril 2009, élections de Valleraugue, n° 317579).

Seules les conclusions présentées aux fins d'annulation sont recevables. Une requête se bornant à faire état d'irrégularités ayant affecté le déroulement tant de la campagne électorale du premier tour que du scrutin et qui auraient eu pour conséquence de priver le requérant des quinze suffrages supplémentaires qui lui auraient été nécessaires pour obtenir le droit au remboursement de ses dépenses, dès lors qu'elle ne présente pas de conclusions aboutissant à la contestation d'une élection déterminée, est irrecevable (CC n° 88-1044 du 21 oct. 1988, AN, Finistère, 6^e circ., cons. 3, C.E. 29 juill. 2002, Havel).

Le juge doit être saisi de griefs précis, dans le délai de recours. Le requérant doit par exemple avoir spécifiquement soulevé, dans ce délai, la question des recettes de la campagne électorale, s'il entend les contester (CC. n° 94-2047/2048 du 21 déc. 1994, AN, Haute-Garonne, 1^{re} circ. et n° 97-2237 du 29 janv. 1998, AN, Essonne, 8^e circ), ce qui laisse à l'élu contesté une marge de manoeuvre certaine pour présenter un compte de campagne déposé au plus tard le huitième vendredi suivant l'élection, alors que le requérant aura eu, selon le type d'élection, cinq ou dix jours pour formuler ses griefs.

La procédure porte également la marque de ce caractère totalement juridictionnel : le juge donne acte des désistements (CC. n° 58-54 du 5 mai 1959, AN, Seine).

Le juge électoral applique la loi électorale, ce qui fait qu'il peut en contrôler la conventionalité (CC, n° 88-1082/1177 du 21 oct. 1988, AN, Val-d'Oise, 5^e circ. ⁴⁰⁵, ouvrant la voie à CE, 20 octobre 1989, Nicolo ; CE, Elections à l'Assemblée de Polynésie française, 15 févr. 2002 ⁴⁰⁶), mais non la constitutionnalité. On observera que la réglementation électorale est parfois très précise, notamment sur le déroulement des élections, parfois volontairement générale, se contentant de définir une notion, comme en matière de dépenses électorales.

⁴⁰⁵ AJDA 1989. 128, note P. Waschmann, RFD adm. 1988. 908, note B. Genevois, D. 1989. 285, note F. Luchaire p. 209.

⁴⁰⁶ Notes J.-P. Camby, Petites affiches, 13 mai 2002, p. 4, W.Yeng Seng, RFD cons. , n°61, 2005 et J.Bonnet, RFD adm. sept. 2005.

Les décisions sont rendues en la forme juridictionnelle⁴⁰⁷, et revêtues de l'autorité de la chose jugée, qui permet de ne pas communiquer la teneur des travaux du rapporteur adjoint du Conseil constitutionnel à un juge d'instruction (C.C. Dame Perdriz, 10 novembre 1998)⁴⁰⁸, ce qui conduit à ne pas admettre, sauf cas exceptionnel, leur révision⁴⁰⁹.

De ce fait, le juge électoral fait bien œuvre jurisprudentielle, dont témoigne par exemple l'arrêt « Élections municipales de Fos-sur-Mer »⁴¹⁰, qui dégage le principe selon lequel un parti politique au sens de l'article L. 52-8 du code électoral est un parti politique au sens de la législation de 1988, ou encore lorsqu'il concrétise le contenu de la notion de dépenses électorales. Mais cette création est toujours susceptible d'être remise en cause par le législateur. Cette observation, générale, est, dans le cas du juge de l'élection, renforcée par le fait que le juge s'adresse, entre autres, aux législateurs eux-mêmes.

Indéniablement, donc, le juge électoral est un juge au plein sens du terme : il lui incombe de trancher un conflit entre des parties. Mais il est un juge original dans ses méthodes et sa logique, ou, pourrait-on dire, ses logiques. Cette originalité repose d'abord sur le fait que le juge électoral apprécie, hors compte de campagne, non des irrégularités en elles-mêmes mais leur incidence. Ce n'est pas, comme on le croit souvent, l'écart des voix qui est alors un critère en soi : c'est la sincérité du scrutin, le caractère incontestable du résultat qui définit l'office du juge. Cette logique, finaliste, prend nécessairement appui sur les conditions concrètes du déroulement du scrutin, donc sur l'écart des voix, mais aussi, par exemple, sur d'autres éléments de contexte : un tract ne sera pas analysé de la même manière selon le moment de sa diffusion, son ampleur, son contenu nouveau dans la campagne, etc.

Cette originalité est d'abord explicable par le fait que le juge ne doit modifier les résultats que lorsqu'il dispose d'une certitude absolue, limite qu'impose « *le respect dû au suffrage universel* » souligne justement Bruno Genevois⁴¹¹. Mais de ce fait son contrôle sur les opérations est étendu : comme le note Romieu⁴¹², dès lors que le recensement des suffrages est contesté, le juge « *devient lui-même bureau de recensement et a le droit d'en contrôler toutes les opérations*. La doctrine va dans le même sens : « *Une fois saisi de telles conclusions (contestant la majorité) le juge de l'élection est investi de plein droit du pouvoir de réviser le recensement, [...] En effet, par cela seul qu'on discute une question de majorité, on conteste le recensement ; cette opération, une fois soumise au juge, lui est soumise toute entière, parce qu'elle est indivisible, et que toutes ses parties s'enchaînent comme les divers éléments d'une même opération arithmétique[...] (le) calcul est argué d'inexactitude, c'est-à-dire qu'il doit être vérifié, c'est-à-dire revu et refait dans son entier* » indique Laferrière dans son Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux⁴¹³ : « *lorsqu'il est saisi d'une contestation relative à la validité de certains bureaux de vote, le juge de l'élection doit rechercher d'abord si, eu égard au nombre des bureaux concernés et à l'argumentation développée devant lui, cette contestation est de nature à remettre en cause l'élection d'un ou plusieurs candidats[...] dans*

⁴⁰⁷ D. Biroste : le respect des garanties du procès équitable par le Conseil constitutionnel en matière électorale, Tribune du droit public, Université de Tours, 2000.

⁴⁰⁸ Notes J.-P. Camby AJDA 1999. 247, P. Jan. D. 1999. 253

⁴⁰⁹ P. Jan, L'irrecevabilité des recours en révision devant le Conseil constitutionnel, D. 2000. 690

⁴¹⁰ 30 octobre 1996, RFD adm. 1997. 59, concl. Touvet, Petites affiches, 7 mars 1997, p. 14, note Camby

⁴¹¹ Concl. sur CE 2 septembre 1983, Élections municipales de Sarcelles, AJDA 1983. 682

⁴¹² RGA, 1887, t. II, p. 426

⁴¹³ t. II, p. 318.

l'affirmative il lui appartient d'étendre ensuite ses vérifications à l'ensemble des bulletins des mêmes bureaux ». Rappelant ainsi la démarche du juge de l'élection en cas de contestation des bulletins, le Conseil d'État ⁴¹⁴ en tire la conclusion en termes de contradictoire : si le juge décide d'examiner l'ensemble des bulletins, il doit en informer les parties, de manière à ce qu'elles puissent les consulter et produire leurs observations.

Cette originalité se retrouve en ce qui concerne la sanction, qui est nécessairement l'annulation de l'élection, et, dans certains cas, le prononcé d'une inéligibilité. Mais on observera que la sanction ne porte pas nécessairement sur le coupable d'une irrégularité : on citera comme exemple significatif l'appel à voter émanant d'un présentateur d'une émission télévisée, qui aurait mieux fait de...s'abstenir, la veille du scrutin, d'une telle publicité dont la candidate élue n'est pas à l'origine mais supporte néanmoins la conséquence : l'annulation de l'élection⁴¹⁵.

Cette originalité se situe également dans le volet financier de la législation, apparu en 1988 et 1990. En premier lieu, elle fait intervenir une autorité administrative indépendante, chargée de contrôler et de valider les comptes. Comme il se doit, sa tâche est compliquée par la matière, sensible, sur laquelle porte ce contrôle : les élus vivent le contrôle de la commission tout aussi mal que le contentieux lui-même, pour le même motif : la CCFP intervient alors que l'électeur a choisi : pour les élus seul le suffrage universel est probant, pour les battus, le contrôle suit l'échec. Dans les deux cas, le contrôle paraît encore moins naturel aux yeux du contrôlé que ne l'est celui du juge.

Et pourtant, comme cela vient d'être justement rappelé au cours de ce colloque, le contrôle des comptes de campagne protège les intérêts du contribuable autant que ceux de l'électeur : le remboursement par l'Etat rend indispensable la validation du compte. Au-delà, l'inéligibilité, qui peut résulter de ce contrôle lorsqu'il aboutit à la transmission du compte au juge de l'élection, est également une sanction électorale, particulièrement grave pour l'elu.

Volet distinct du contentieux classique, jugé par le même juge et parfois dans le cadre d'une même procédure, le contrôle du financement des campagnes est, comme ce contentieux, l'occasion pour les instances qui en sont chargées de faire œuvre créatrice de droit. La CCFP est ainsi appelée, par la force des choses, comme toute autorité administrative indépendante, à émettre des règles, sous le contrôle du juge. Sa doctrine n'est pas toujours validée par celui-ci. Ainsi en est-il de l'exemple récent des déplacements de personnalités politiques venues soutenir un candidat, qui ne sont pas des dépenses électorales, juge le Conseil constitutionnel (CC. n^{os} 93-1326/1490 du 2 déc. 1993, AN, Bouches-du-Rhône, 10^e circ., puis n^o 2009-4533, 14 octobre 2009), contrairement à la position prise par la CCFP. Cette jurisprudence a donc été reprise par le Conseil d'Etat pour les élections régionales (v. plusieurs décisions du 24 septembre 2010, dont n^o338296, e.r.Bretagne). La difficulté de toute autorité de régulation est qu'elle doit prendre des positions publiques, notamment parce que les personnes auxquelles elle s'adresse ou qui s'adressent à elle provoquent nécessairement une telle construction, mais que ces positions sont toujours susceptibles d'être remises en question par le juge de l'élection.

Au final, le résultat est donc complexe : la validation d'un compte n'est pas, au sens plein du terme, un acte administratif, mais le rejet d'un compte déclenche un processus contentieux. En outre, le juge ne raisonne pas comme il le ferait pour un contentieux classique, puisqu'il juge le compte et non l'ensemble de l'opération

⁴¹⁴ 10 juillet 2002, Élections de Piré-sur-Seiche.

⁴¹⁵ C.C. 28 juillet 1998, n^o 98-2552, A.N. Var 1 ère.

électorale, et surtout que le législateur a prévu une sanction spécifique : l'inéligibilité pour un an, que les récentes lois du 14 avril 2011 transforment en inéligibilité pour une durée minimale non fixée et une durée maximale de trois ans.

L'actualité législative récente montre donc que l'on passe d'un juge qui devait appliquer deux systèmes de sanctions différents à un juge appelé à assumer une certaine fusion de deux systèmes jusqu'alors séparés. En apparence, on est passé au fil du temps de la dissociation des sanctions prévues en 1990 à leur rapprochement, puis à la recherche d'une proportionnalité. Toutefois l'évolution législative récente, qui apporte un échelon de complexité supplémentaire, conduira sans doute le juge à estomper ce qu'elle présente de novateur et à valoriser ce qu'elle maintient. La novation législative est un pas supplémentaire dans le rapprochement parfois esquissé entre volet classique et volet financier, mais il faut se rendre à l'évidence : elle introduit plus d'aléas sur l'évolution de la jurisprudence que de certitudes.

I) Dissociation

Depuis la fin du XIX^{ème} siècle, le contentieux électoral s'est construit autour d'une finalité claire : rechercher si l'élection est valide. Si elle ne l'est pas, le juge procède à son annulation, quels que soient la cause ou l'auteur des irrégularités. En 1988, cette logique était maintenue lors de l'introduction de la législation sur le financement des campagnes électorales. A cette procédure classique, le législateur a ajouté en 1990 des règles financières dont le système de sanction est différent, puisqu'il s'agit obligatoirement de l'inéligibilité. La construction législative repose donc sur une dissociation des sanctions et des méthodes juridictionnelles.

a) Une sanction classique : l'annulation.

Le contrôle juridictionnel des élections permet de distinguer plusieurs types d'irrégularités. La contrariété avec un texte législatif ou réglementaire s'efface alors derrière l'appréciation de l'impact que peut avoir l'action commise vis-à-vis des électeurs. De ce fait, si, dans la plupart des cas, les faits invoqués par les requérants ne donnent pas lieu à annulation, dès lors qu'ils sont isolés, anodins, qu'ils procèdent d'un échange d'arguments électoraux classiques, ou, s'agissant des opérations électorales elles-mêmes, négligeables, il n'en va pas de même si ces mêmes faits peuvent avoir eu un impact significatif sur les résultats. C'est en ce sens qu'il faut lire les formules souvent utilisées par le juge « pour regrettable qu'elle soit », « répréhensible », etc. qui soulignent l'irrégularité avérée, mais dont l'impact est faible. Le juge n'est pas juge de la moralité des campagnes électorales. Cette même démarche peut conduire en revanche à annuler des voix dont l'opération de dépouillement ne permet pas l'attribution certaine, tout en validant, au final, l'élection en cause.

Toutefois, contrairement à une idée répandue, l'écart des voix n'est jamais le seul élément pris en compte. Ce qui est fondamental dans l'analyse contentieuse est l'impact d'une action sur l'électeur ou sur le dépouillement. De ce fait, on soulignera par exemple que les pressions ou manœuvres font l'objet d'une appréciation sévère, dont témoignent les cas d'annulation pour des dons d'argent à destination des électeurs de la commune (C.E, e.m. de Corbeil Essonne, 8 juin 2009, n°322326)⁴¹⁶ ou des promesses d'embauche dans les services communaux (C.E. e.m. de Saint

⁴¹⁶ Note Maligner, AJDA 2009, 1124 et 1725

louis de la Réunion, 5 août 2009, n° 322832). Il n'en va pas de même de la distribution de 285 places de concert, par un colistier du maire, président d'une association culturelle (C.E. e.m. Villeneuve la Garenne, 30 avril 2009, n° 321840). On rappellera également que l'écart des voix n'est pas pris en considération par le Conseil d'Etat pour la diffusion d'un tract au contenu excessif (C.E. sect., 23 décembre 1989, Élections municipales de Cannes)⁴¹⁷ mais que tel n'est pas le cas pour une diffusion d'éléments diffamatoires, par ailleurs condamnés sur le plan pénal, mais largement débattus pendant la campagne (C.E. 19 juin 1998, Élections de Vitrolles) : dans cette situation, plus habituelle, le juge prend en compte l'écart des voix et recherche si la propagande irrégulière a pu, à raison de son contenu, de l'ampleur et du moment de sa diffusion, avoir exercé une influence significative sur les résultats (CC Loire-Atlantique, 8^e circ., avec 234 voix d'écart).

Il existe donc des nuances dans la jurisprudence : certaines circonstances sont aggravantes, comme le fait que des pressions ont pu s'exercer sur des locataires d'HLM, dont témoigne deux annulations d'élections législatives. La première sanctionne un appel à voter par voie d'affiches apposées sur les panneaux officiels d'un ensemble immobilier d'HLM pendant toute la campagne, sans retenir l'implication personnelle du candidat dans cette opération, ce qui, à nouveau, illustre le fait que la sanction frappe l'élection et non l'auteur d'un acte répréhensible (CC. n° 2002-2672 du 21 nov. 2002, AN, Val-d'Oise, 5^e circ., Rec. Cons. Const., p. 470). Représente un pas supplémentaire dans le sens de la sévérité l'annulation de l'élection d'un député du seul fait de l'envoi d'une lettre du président d'un office public d'HLM à 842 de ses locataires (CC. n° 97-2169 du 23 oct. 1997, AN, Haut-Rhin, 6^e circ., Rec. Cons. const., p. 199). Enfin, pour illustrer à nouveau l'implication concrète de certains éléments, on doit citer l'abondante jurisprudence en matière d'usage des moyens audiovisuels⁴¹⁸.

Ce contentieux est exclusif, et le juge rappelle que l'intrusion du juge judiciaire ou pénal au cours de la campagne ne peut intervenir en référé, puisque la compétence en la matière suit celle du fond. On oublie en revanche souvent que ce contentieux électoral peut être prolongé par un volet pénal. L'article L. 90 du code électoral sanctionne ainsi d'une peine d'amende pouvant aller jusqu'à 9 000 euros le candidat qui aura méconnu les dispositions du troisième alinéa de l'article L. 51. L'article L. 113-1, 6^o, prévoit des peines d'amende et d'emprisonnement pour le candidat qui aura bénéficié d'un affichage illégal, etc.

Ce n'est qu'en 1990 que ce contentieux, classique, se dédouble, avec l'apparition d'un volet lié à l'inéligibilité tirée de l'absence ou de l'irrégularité du compte de campagne.

b) Une sanction liée au compte de campagne : l'inéligibilité assortie d'une pénalité financière.

C'est notamment l'article L.O. 128 du code électoral qui comporte cette sanction nouvelle. Dans sa version jusqu'ici applicable, il disposait : « *Est également inéligibile pendant un an celui qui n'a pas déposé son compte de campagne dans les conditions et le délai prescrits par l'article L. 52-12 et celui dont le compte de campagne a été rejeté à bon droit. Peut également être déclaré inéligible, pour la*

⁴¹⁷ Le seul contenu des tracts qui « excluait une défense utile de la part de l'élu », justifie, même s'ils ont été distribués bien avant la veille du second tour, l'annulation d'une élection municipale acquise avec 581 voix d'écart. concl. Chaïd-Nourai, Petites affiches 3 juill. 1991, p. 4.

⁴¹⁸ V. à ce sujet une annulation du fait d'émissions de radio : CE 7 mai 1993, Lallemand, Rec. CE, p. 146, concl. S. Daël RFD adm. 1993. 490, note X. Philippe et P. Crégut. D. 1994. 111

même durée, celui qui a dépassé le plafond des dépenses électorales tel qu'il résulte de l'article L. 52-11. ». Cette sanction, apparue en 1990, était limitée dans son champ à la seule élection en cause⁴¹⁹, dans sa durée à un an, dans ses causes liées au seul compte de campagne, mécanique en cas d'irrégularité formelle du compte de campagne (délais de dépôt, certification, présentation, etc..) ; elle laisse une marge d'appréciation plus grande quant aux méconnaissances du contenu même du compte de campagne et du respect des plafonds de dépenses.

Pourtant cette règle, simple, est d'application triplement complexe.

Tout d'abord, contrairement à la procédure qui prévaut pour d'autres autorités administratives indépendantes, la décision rendue par la CCFP sur le compte n'est pas l'objet du contentieux électoral. Le Conseil d'État a jugé que la décision par laquelle la Commission transmet un compte au juge de l'élection n'était pas détachable de la procédure juridictionnelle et n'est donc pas susceptible de recours pour excès de pouvoir (CE 13 novembre 1992, Grosjean, Rec. p. 403). La même solution s'est appliquée à une requête par ailleurs dirigée contre l'élection d'un député et présentant des conclusions distinctes sur le compte de campagne d'un candidat non élu (CC. no 97-2173/2207 du 9 janvier 1998, AN, Val-de-Marne, 8e circ., Rec. C. C ; p. 36). Le juge de l'élection peut reprendre le compte de campagne, avec un angle d'attaque ou des arguments différents de ceux qui fondent la décision de la Commission. Certains comptes validés par la commission donnent finalement lieu à une inéligibilité prononcée par le juge de l'élection : celui-ci est saisi du compte, validé ou non, comme d'un élément contentieux.

Ensuite, il existe une marge d'appréciation assez forte sur les dépenses, concrètement délimitées par la CCFP et le juge de l'élection.

Enfin, le juge était, ici comme dans le cas du contentieux classique, dans une logique binaire : il était libre, en dehors du cas des irrégularités formelles, de prononcer ou non la sanction, mais, s'il la prononçait, il ne pouvait en graduer les effets dans le type d'élection ou dans le temps : il est alors, et sera toujours à l'avenir, tenu de prononcer l'inéligibilité, avec pour conséquence, jusqu'à présent, l'impossibilité de se représenter à une élection partielle dans le délai d'un an, et le non-remboursement des dépenses du candidat. Ce caractère sévère s'explique par le but que le législateur poursuit : moraliser le financement des campagnes, plafonner les dépenses, contrôler les sources et les montants des recettes en fonction de ces sources.

Il reste que certains élus ont pu trouver sévère une sanction qui ne sanctionnait pas une volonté de dissimulation, mais une appréciation erronée des règles ou de la jurisprudence. Même si ces cas sont exceptionnels au regard de l'ensemble de la jurisprudence, ils ont suscité le débat, souvent porté sur la place publique : c'est toujours l'électeur, ou à tout le moins le citoyen, qui est pris comme témoin.

A la dissociation initiale s'ajoutent donc des mouvements de rapprochement entre les deux volets du contentieux électoral.

II) Rapprochements

Deux logiques différentes, deux systèmes différents de recours au juge, mais qui peuvent se mêler, deux types de sanctions, l'une « simple », si l'on peut dire, l'annulation de l'élection, l'autre double, où l'inéligibilité entraîne en outre l'annulation de l'élection du candidat concerné, c'est-à-dire selon le cas l'élu au scrutin uninominal, la tête de liste à la proportionnelle. A ces dédoublements

⁴¹⁹ Par la jurisprudence : C.E. 23 octobre 1992, Panizzoli, concl. Abraham, RFDA 1993, p. 469, Maugué et Schwartz, A.J.D.A. 1993, p. 84

correspondent pourtant un même juge et l'application un même code. Il était donc évident que des rapprochements se produiraient. Ils sont intervenus de deux manières complémentaires : le juge lui-même n'a pas refreiné une tendance naturelle à laisser la logique classique prédominer sur la logique financière, plus mécanique, le législateur, avant même la dernière modification, a pris part à ce rapprochement.

a) Une tendance jurisprudentielle à l'application des critères classiques

La législation issue des vagues de 1990 et 1995 présentait donc un avantage : son côté clair et indiscutable, de nature à décourager les fraudes, notamment l'absence d'exhaustivité ou de sincérité du compte de campagne, ou le non respect des règles substantielles de sa présentation. Elle présentait un inconvénient : le caractère unique de la sanction, qui apparaît parfois sévère pour des contractions financières ou des manquements mineurs. La jurisprudence a donc elle-même cherché à écarter un côté mécanique en recourant à la logique classique en cas de manquements financiers.

Significative à cet égard est la position prise par le Conseil d'État lorsqu'il a jugé qu'une irrégularité provenant de la perception, par le candidat, de dons, en méconnaissance de l'article L. 52-8 du code électoral, dans sa rédaction issue de la loi du 15 janvier 1990, n'avait pas « pour effet d'entraîner nécessairement dans une telle hypothèse, le rejet du compte » (C.E. 29 décembre 1995, Élections de la Côte d'Or)⁴²⁰. Des dons émanant d'une collectivité publique, en méconnaissance de cette interdiction n'entraînaient donc pas nécessairement le rejet du compte, mais devaient figurer dans les dépenses. Ainsi l'irrégularité peut-elle être contournée par l'intégration de telles sommes en dépenses. Dans ce cas, il a même été jugé que l'inéligibilité ne pouvait être prononcée que si la réintégration de l'avantage entraînait un dépassement du plafond des dépenses. Même si ce second point a été infléchi (C.E. 2 octobre 1996, Borel, Élections d'Annemasse)⁴²¹, il reste que l'aspect systématique de la législation sur le financement des campagnes a été estompé par la prise en compte d'un critère tiré de l'incidence de l'irrégularité « de nature à altérer les résultats du scrutin » (C.E. 10 juin 1996, Élections municipales de Ballainvilliers, Rec. p. 218 ; 18 septembre 1996, Élections municipales de Marchiennes, Rec. tables, p. 892).

Cette solution, qui assure au juge une marge d'appréciation de l'incidence de l'irrégularité sur le compte de campagne, a été confirmée compte tenu de la nouvelle rédaction de l'article L. 52-8 du code électoral (C.E. 10 juin 1996, Élections de Ballainvilliers) et suivie par le Conseil constitutionnel, s'agissant du financement de trois publications par une association, « eu égard à l'écart des voix entre les listes en présence » (C.C. n° 2001-2594 du 8 novembre 2001, Sénat, Moselle., Rec. Cons. const., p. 126). Il reste qu'en principe une irrégularité telle que celle prévue à l'article L. 52-8 du code électoral entraîne le rejet du compte et l'inéligibilité du candidat. Tel est le cas du candidat battu qui a bénéficié de trois dons d'un montant total de 12 000 francs (1800 €) (C.C. N° 97-2280 du 28 octobre 1997, M. Kaspar), ou du candidat élu qui ne pouvait utiliser un « avoir » d'imprimeur, calculé sur la différence entre le montant attendu du remboursement de l'État des frais de propagande officielle et les coûts réels des prestations, pour financer des travaux d'impression complémentaires : en dépit d'un remboursement intervenu à la suite des observations de la CNCCFP : l'inéligibilité est prononcée du fait de la nature de

⁴²⁰ Concl. contraires Combexelle, AJDA 1996. 229

⁴²¹ Concl. Stahl, RFD adm. 1997. 45

l'avantage, d'un montant de 1307 €, issu du remboursement de l'État (C.C. N° 2002-2981 du 30 janvier 2003, AN, Eure-et-Loir, 3e circ). Tel est le cas de la participation d'une personne rémunérée par une collectivité publique et qui a eu une activité soutenue pendant la campagne : fourniture d'informations spécifiques, conception, impression, et préparation de dossiers à des fins électorales, animation générale de la campagne, faits qui entraînent l'annulation de l'élection et l'inéligibilité du candidat élu (C.E. 8 novembre 1999, Élection cantonale de Bruz, M. Barre)⁴²².

La jurisprudence avait donc essentiellement maintenu la dissociation, tout en appliquant la logique classique de manière sporadique.

Le législateur avait également introduit, s'agissant des élections locales et européennes, une possible modulation en matière de contentieux du financement.

b) Une législation introduisant la prise en compte du comportement : la bonne foi.

La loi du 10 avril 1996 comporte une disposition permettant au juge de l'élection de ne pas prononcer l'inéligibilité si le candidat est de bonne foi. Cette notion « *particulièrement difficile et notoirement périlleuse* » en matière électorale ⁴²³ conduit le juge administratif, assez systématiquement, à examiner des arguments en défense tirés de la bonne foi. Le dispositif de l'article L. 118-3 du code électoral, qui vise la bonne foi, n'est pas applicable au Conseil constitutionnel (C.C. N° 2002-2989, M. Millon, 6 février 2003, Rec. C.C., p. 133) puisqu'il ne s'agit pas d'une disposition à caractère organique.

Très restrictive, la jurisprudence aboutit à ce que la bonne foi n'est pas admise, pour un compte parvenu avec un week-end de retard, en dépit du fait que l'erreur provient de l'expert comptable et que toutes les démarches pour faire parvenir le compte au plus vite et informer la Commission ont été entreprises. Cette rigueur paraît, en l'espèce, excessive, puisqu'elle fait supporter au candidat une sanction pour une responsabilité qui n'est pas la sienne et que la réception par la Commission lui permet d'instruire sans retard le compte (C.E. e.m. Limours, 10 juin 2009, n°323654). La bonne foi n'est pas non plus admise lorsque la jurisprudence tranche un cas nouveau en matière de dépenses, comme l'existence d'un lien commercial sur un moteur de recherche au profit du site Internet du candidat (C.E. 13 février 2009, e.m de Fuveau) ⁴²⁴, même si cette jurisprudence est contraire à la position antérieurement prise par le Conseil constitutionnel (N° 2007-3532, du 22 novembre 2007, Rec. cons. const. p.369).

Donc cette altération en droit n'en est pas une en fait : les candidats aux élections législatives ne peuvent se prévaloir de leur bonne foi, les autres sont confrontés à une jurisprudence qui n'admet cette exonération que si elle correspond à une interprétation parfaitement régulière des textes et à aucune action qui ne puisse, même de manière incidente, mettre en évidence une entorse dans leur application.

III) Proportion

L'aspect mécanique de la sanction était donc maintenu.

L'évolution plus récente marque pourtant une nouvelle tendance à la modulation. Tout d'abord la jurisprudence, dans un cas emblématique, a écarté l'inéligibilité lorsqu'elle présentait un aspect automatique. Mais, aussi et surtout, les lois les plus récentes généralisent une modulation des sanctions, répondant à un mouvement de fond concernant l'inéligibilité. Si les logiques demeurent distinctes, la possibilité pour le juge électoral de moduler la sanction se généralise. Si les partitions restent encore

⁴²² Note Vital-Durand, Petites affiches, 17 janv. 2000, no 11, p. 13.

⁴²³ Fratacci, concl. sur CE 10 juin 1996, Élections de Toulon, RFD adm. 1996. 697.

⁴²⁴ V. AJDA 2009. 1305, chr. Liebert et Botteghi, petites affiches, 17 sept. 2009 p.11, note Camby.

distinctes selon que le financement des campagnes est ou non en cause, la gamme des sanctions est ainsi élargie.

a) Sanction non pénale.

Les inéligibilités n'entrent pourtant pas dans le cadre de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (V. CEDH 1er juillet 1997, *Gitonas et autres c/ Grèce*)⁴²⁵; ou, du moins, ne sont pas jugées incompatibles avec ces stipulations (C.E. 6 octobre 2000, *Le Pen* et 1er juillet 2005, *M. Ousty*, et *M. Gravier*, Rec. p. 896)⁴²⁶. L'inéligibilité n'est pas une sanction pénale. En conséquence, une règle plus favorable n'est pas, d'une manière générale, d'application rétroactive (C.E. 10 juillet 2002, *Vadepied*, n° 239746). Mais qu'en sera-t-il de l'inéligibilité en matière de financement, qui ne suit pas le même régime que l'inéligibilité liée aux conditions de candidature, et, notamment, qui n'est pas d'ordre public ?

Quoiqu'il en soit, la conventionalité de la loi française ne connaît pas de réserves, même en ce qui concerne l'obligation, mise à la charge des candidats par l'article L. 52-15 du code électoral de reverser au Trésor une somme d'un montant équivalent à celui du dépassement du plafond des dépenses électorales : ce reversement, indépendant du prononcé de l'inéligibilité, ne constitue pas une sanction « en matière civile ou pénale » au sens de cet article de la Convention : les « sanctions » électorales ne sont pas des sanctions civiles ou pénales⁴²⁷.

Mais la conformité de l'article L.7 du code électoral, qui créait une sanction d'inéligibilité annexe au prononcé d'autres sanctions, notamment au cas de faillite, n'emportait naturellement pas une présomption de constitutionnalité. Dans ses observations sur les élections de 1997, puis dans une décision du 15 mars 1999 (N° 99-410 DC) le Conseil constitutionnel avait déclaré que cet article d'une loi en vigueur était contraire à la Constitution⁴²⁸. La non-codification de cet article avait permis l'abrogation du dispositif dans la plupart des cas (C.E. 15 février 2002, *Élect. à l'assemblée de Polynésie*, 29 juill. 2002, *Élect. d'Anse-Bertrand*, N° 236939, Rec. tables, p. 743). L'article L.653-10 du code de commerce (loi n°2005-845 du 26 juillet 2005) prévoit désormais, en cas de faillite personnelle que le tribunal peut prononcer l'inéligibilité. L'article L.653-11 prévoit des possibilités de relèvement.

Mais cela n'a pas suffi, puisque l'article L. 7 s'appliquait à des instances en cours. L'une des premières applications d'inconstitutionnalité suite à une question prioritaire a déclaré l'article L.7 contraire à la Constitution, en ce qu'il ne respecte pas l'individualisation des peines, et malgré la possibilité pour le juge de relever, y compris immédiatement, l'intéressé de l'incapacité (n° 2010-6/7 QPC, 11 juin 2010)⁴²⁹.

Le juge pousse donc le législateur vers modulation générale de l'inéligibilité, sanction non pénale. En particulier, on peut considérer que d'une manière générale, toute peine qui ne permet pas la prise en compte du comportement du candidat est suspecte à cet égard.

⁴²⁵ RFD adm. 1998. 1007, P. Titium, *Inéligibilité et CEDH*, Mélanges Pettiti, 1998, p. 721.

⁴²⁶ AJDA 2005. 1824, chron. C. Landais et F. Lenica, AJDA 2005. 1428, note Brondel, RD publ. 2006. 17, J.-P. Camby.

⁴²⁷ C.E.D.H. J.-P. Pierre-Bloch c/ France, 21 oct. 1997, notes Burgorgue-Larsen *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, no 4, 1998 ; P. Jan, RFD adm. 1998. 999)

⁴²⁸ RTD civ. juill. 1999. 724, note N. Molfessis, AJDA 1999. 332, note J.-E. Schoettl, RD publ. 1999. 653, note J.-P. Camby : sur l'application au mandat de député européen : CE 8 janv. 1997, *M. Tapie*, AJDA 1997. 288, concl. Stahl.

⁴²⁹ Notes Dutrieux Lamy collectivités locales, sept.2010, 33, Maligner, AJDA 4 oct. 2010, 1831.

Ceci explique la recherche d'une modulation des sanctions, souvent souhaitée par le juge. Le législateur l'a entendu, d'abord en 1996, mais le juge administratif n'a pas tiré toutes les conséquences de la possibilité de reconnaître la bonne foi en matière de comptes de campagne, puis en 2011, allant sans doute au-delà de ce que souhaitait le juge.

B Sanction modulée.

Il restait au juge constitutionnel à reconnaître que le système d'une inéligibilité d'un an était conforme à la Constitution, notamment à la proportionnalité et à l'individualisation des peines. La déclaration de non conformité de l'article L.7 ne pouvait manquer d'ouvrir la voie à une autre QPC, plus générale, portant sur l'inéligibilité liée au compte de campagne. A la différence de celle visée à l'article L.7, cependant, la sanction n'est pas ici le complément d'une peine, mais bien la sanction exclusive et non modulable d'un défaut du compte de campagne. Pour autant, le juge reste libre de la prononcer ou non : il ne pouvait pas, dans le système issu des lois de 1990, moduler le quantum, mais il demeure libre de ne pas prononcer la sanction. A ce stade, la décision n° 2011-117 QPC du 8 avril 2011, qui juge que la bonne foi permet au juge de ne pas prononcer la sanction, mais aussi que le dispositif d'inéligibilité est conforme à la Constitution, puisqu'il conduit le juge à tenir compte des circonstances de chaque espèce, ne va pourtant pas clore le débat. Le juge a été en effet distancié par le législateur, alors même que la constitutionnalité et la conventionalité du système ne faisaient désormais plus de doute. Cette déclaration de conformité, en effet, se combine dans le temps avec l'entrée en vigueur du nouveau dispositif législatif ⁴³⁰ : le Conseil constitutionnel a ainsi définitivement validé la dissociation des sanctions, et la sanction d'un an *ne varietur* d'inéligibilité, au moment où le législateur s'apprête à abandonner celle-ci et à rapprocher les deux systèmes.

Par la réforme législative en cours, la modulation va devenir la règle, comme en atteste la nouvelle rédaction de l'article L.O. 136 aux termes duquel le Conseil : « *prononce également l'inéligibilité du candidat dont le compte de campagne a été rejeté à bon droit en cas de volonté de fraude ou de manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales. L'inéligibilité déclarée sur le fondement des trois premiers alinéas du présent article est prononcée pour une durée maximale de trois ans et s'applique à toutes les élections. ... Sans préjudice de l'article L. 52-15, lorsqu'il constate que la commission instituée par l'article L. 52-14 n'a pas statué à bon droit, le Conseil constitutionnel fixe dans sa décision le montant du remboursement forfaitaire prévu à l'article L. 52-11-1* ».

Ce texte emporte deux changements notoires :

- une exigence de comportement fautif, donc beaucoup plus stricte pour déclencher la sanction, la disparition de la notion de bonne foi renverse en quelque sorte la charge de la preuve : ce qui est sanctionné n'est plus le manquement en lui-même, mais son degré de gravité, les travaux préparatoires témoignant d'un degré d'exigence fort,
- une modulation de la sanction : d'un jour – ce qui serait un non-sens – à trois ans, mais une généralisation de sa portée à l'ensemble des élections.

A cette règle de modulation, s'ajoute une confusion des logiques jusqu'ici séparées du fait du nouvel article L. 118-4 : « *Saisi d'une contestation formée*

⁴³⁰ La loi organique, validée par le Conseil constitutionnel le 12 avril 2011 (n° 2011- 628 DC) et la loi ordinaire n° 2011-412 ont été promulguées le 14 avril 2011, jour du colloque.

contre l'élection, le juge de l'élection peut déclarer inéligible, pour une durée maximale de trois ans, le candidat qui a accompli des manœuvres frauduleuses ayant eu pour objet ou pour effet de porter atteinte à la sincérité du scrutin ».

C'est donc le juge qui sera confronté à une difficulté nouvelle : moduler la sanction en fonction de la gravité d'un manquement. Cette appréciation classique gomme en partie l'originalité du contentieux du compte de campagne. Cette originalité demeure cependant dans la mesure où le rôle de la CCFP n'est pas modifié, et que la sanction applicable au compte de campagne demeure la seule inéligibilité alors que le contentieux classique peut aboutir soit, comme actuellement, à l'annulation de l'élection, soit désormais à l'inéligibilité. Celle-ci est ainsi à la fois plus difficile à déclencher, et, en elle-même, plus douce et plus sévère à la fois : plus douce ou plus sévère dans la durée, plus sévère dans sa généralisation à toutes les élections.

Les lois de 2011 constituent donc une homogénéisation entre deux systèmes dissociés : homogénéisation au moins partielle dans les sanctions possibles, appréciation, dans tous les cas, du comportement des candidats.

Il est probable que le juge, confronté à ce renouveau législatif d'ampleur, continuera, au moins dans un premier temps, à sanctionner sévèrement les manquements en matière de présentation du compte, qualifiera de manquement d'une particulière gravité les faits jusqu'ici sanctionnés par une inéligibilité d'un an, et n'appliquera que très faiblement les dispositions nouvelles en matière de contentieux classiques. On veut dire par là que le socle de la jurisprudence est suffisamment établi pour ne pas conduire le juge, en dépit des potentialités nouvelles ouvertes par le législateur, à devoir le bouleverser rapidement. La jurisprudence absorbera cette réforme, comme elle a absorbé les précédentes.

Il sera intéressant, en revanche, de voir si les manquements à la sincérité du scrutin seront sanctionnés par l'inéligibilité. Sans doute cette sanction, nouvelle, faisait elle défaut en cas de fraudes manifestes ou de manœuvres.

Les deux logiques se rejoignent donc désormais, mais l'office du juge sera rendu plus difficile encore.

On soulignera que l'ambiguïté de ces textes sera renforcée par le fait que nul ne peut dire s'il sont applicables aux affaires en cours, et notamment au contentieux des élections régionales en Ile de France⁴³¹. Dans ses conclusions, déjà citées⁴³², sur les élections de Toulon, S. Fratacci avait conclu à l'applicabilité de la loi nouvelle, et de la sanction, non pénale, plus douce, aux instances en cours. Mais cette décision, qui portait sur une loi interprétative, s'appuyait sur une volonté explicite du législateur. Rien de tout cela dans la législation de 2011 : le législateur qui l'a prévu sur d'autres éléments du texte, n'a pas souhaité fixer d'entrée en vigueur du dispositif nouveau en ce qui concerne l'inéligibilité. Plus douce, plus sévère ? Applicable aux litiges en cours ?

On peut, *a minima*, regretter que le système perde en simplicité. Si les nouveaux dispositifs devaient être perçus comme un allègement des sanctions, ou, pire, un laxisme, dont le juge n'est parfois pas exempt⁴³³, nul doute que le législateur serait

⁴³¹ Ce texte est écrit avant que la décision du Conseil d'Etat, attendue pour le 1^{er} juillet 2011, ne soit rendue.

⁴³² V. note 16.

⁴³³ Ne donne pas lieu à annulation la location, à un prix très inférieur à celui du marché, d'un local en centre ville par une société d'économie mixte présidée par un colistier, parce que le local en cause devait être démoli postérieurement à l'élection, un tel critère ne permettant pas de contrecarrer le fait que la dépense a bien été réalisée en vue de l'élection, puisque la démolition est nettement postérieure à celle-ci. Cette décision méconnaît donc l'usage électoral d'un tel local, au vu du seul

critiqué. S'il conduisait à une sévérité accrue du juge, ce dernier n'échapperait pas non plus à la critique.

Décidément, le dialogue entre le juge et le législateur est complexe, chacun faisant peser sur l'autre, tour à tour, un excès de rigueur ou le risque d'un laxisme excessif. Jamais à l'abri d'une mobilisation des électeurs sur le sujet, comme on l'a vu lors de la campagne électorale de 1993, où le mot « amnistie » déclenche les passions, le contentieux électoral n'échappe donc pas à une difficulté première : il ne s'agit pas d'abord d'un sujet contentieux mais bien d'un sujet politique. Pourtant, ce sujet nécessite des règles juridiques et une jurisprudence dissuasives pour en contraindre l'exercice, claires et stables pour mettre les candidats à l'abri de sanctions excessives ou trop mécaniques, équitables pour assurer la sincérité des campagnes et le libre choix des électeurs. Ce contentieux est garant de la démocratie même.

critère de son statut et d'une attestation jugeant ce loyer « recevable » (C.E. élections de Nogent sur Marne, 2 avril 2010 concl. contraires Keller, inversant la solution du tribunal administratif ; comp. avec la nécessaire évaluation exacte d'un avantage correspondant à l'utilisation d'une tente de 230 m2, cependant sans chiffrage compte tenu du fait que le don est d'un montant limité au regard du plafond des dépenses (C.E. élections de Marseille, 4 ème secteur, 15 mai 2009, n° 322056, et avec un prix justifié par application d'un tarif public : même date, 1 er secteur, n° 322054)

6. Synthèse

Par Laurent Touvet, conseiller d'Etat

Au terme de cette journée, chacun aura senti l'intérêt de faire dialoguer les différents intervenants du processus électoral : professeurs d'université, candidats et leurs avocats, parlementaires, présidents d'autorités administratives indépendantes, juges de l'élection. Il est en effet indispensable, pour que les élections se déroulent bien et soient efficacement et justement contrôlées, que chacun puisse connaître et comprendre les missions et contraintes des autres parties prenantes à ce processus. Tous partagent le même souci : que l'expression du suffrage soit libre et sincère.

En entamant nos travaux ce matin, le président Roussillon notait qu'un bon colloque est un colloque où on polémique. Chacun est resté courtois, mais nous avons entendu des idées susceptibles de polémiques : M. Esplugas a entrouvert la porte à une légalisation des dons des personnes morales aux candidats, le professeur Mouton – certes dans la relation d'un contexte historique – a indiqué que les électeurs étaient choisis par les élus, et M. Baumont, dans une politique-fiction qu'on ne souhaite pas voir survenir, a imaginé que le Conseil constitutionnel pourrait annuler l'élection du Président de la République plusieurs mois après son entrée en fonctions.

Saluons la prescience des organisateurs qui, il y a plusieurs mois, ont choisi le 14 avril pour nous faire réfléchir et débattre de l'opportunité d'adapter le droit des campagnes électorales. Faut-il l'adapter ? Ou fallait-il l'adapter ? Le Parlement a voté définitivement le 5 avril le « paquet électoral ». Le Conseil constitutionnel s'est prononcé le 12 avril pour déclarer la loi organique conforme à la Constitution. La publication des lois est donc imminente⁴³⁴.

Les débats parlementaires de ces derniers mois ont donc été l'occasion de nous précéder dans cette réflexion. Je ne pense pas qu'on y revienne dans les mois qui viennent. Mme Barèges a indiqué vouloir déposer une proposition de loi pour allonger le délai de dépôt des comptes de campagne, M. Maligner pense que la rédaction de la loi est perfectible. Il n'y a guère que la fenêtre ouverte par l'article 28 de la loi n°2011-412 du 14 avril 2011 qui ouvre au Gouvernement la faculté de modifier par ordonnance le code électoral. Ce sera « à droit constant », mais le paragraphe II de cet article prévoit l'adoption d'une autre loi « contenant des dispositions du code électoral à valeur ordinaire ne faisant pas l'objet d'une codification à droit constant », mais son calendrier reste très incertain.

Renvoyons donc à plus tard l'abaissement éventuel du seuil de 9 000 habitants, le droit d'accès des tiers au compte de campagne des candidats, l'insertion dans le compte des dépenses d'élections primaires internes à un parti, la remise en cause de la proclamation du premier candidat non élu comme conséquence de l'inéligibilité d'un candidat tête de liste.

⁴³⁴ Elles ont été promulguées ce même 14 avril 2011 et publiées au JO du lendemain : loi organique n°2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs ; loi n°2011-411 ratifiant l'ordonnance n°2009-936 du 29 juillet 2009 relative à l'élection de députés par les Français établis hors de France ; loi n°2011-412 du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence de la vie politique.

Nous avons donc travaillé aujourd'hui pour nourrir la réflexion des futurs législateurs dans les mois ou, plus vraisemblablement les années à venir. Laissons les candidats digérer la nouvelle législation ! Evitons de modifier le code électoral aussi souvent que le code de procédure pénale ou le code général des collectivités territoriales ! Essayons d'abord de comprendre et d'interpréter ce droit. Les juges de l'élection sont très attentifs à leur propre jurisprudence (c'est le respect à la fois du principe d'égalité et de celui de sécurité juridique : que tous les candidats puissent anticiper l'application concrète de la règle de droit), aux travaux parlementaires qui permettent d'éclairer une disposition obscure, aux annotations, articles de doctrine et plus généralement à toutes les publications universitaires, et, dans chaque litige qui leur est soumis, aux argumentations des parties. Les communications et échanges tenus lors des colloques, lorsqu'on a la chance de les voir publiés, sont aussi riches d'enseignements et objets de lectures attentives.

Pour tenter une synthèse de nos travaux et évaluer les propositions qui ont été entendues, rappelons les grands principes du droit des campagnes électorales. Il présente trois caractéristiques : il est à la fois très stable, très mouvant et très adaptable.

C'est un droit très stable, qui s'inspire des grands principes de 1789 – l'égalité, la liberté, la sincérité – repris à l'article 3 de la Constitution. Les jurisprudences sur les tracts et la faculté d'y répondre, ou – pour élargir notre propos aux opérations de vote – celles relatives au décompte des bulletins, sont très anciennes. Il faut cependant faire une exception pour les règles relatives au financement des campagnes électorales, qu'a décrites le président de la CCFP, M. Logerot : une fois l'irrégularité constatée, la sanction s'impose au juge de l'élection quelle que soit son influence sur la sincérité du scrutin, et cette sanction est lourde puisque c'est une inéligibilité.

C'est un droit très mouvant, tant sont fréquentes les modifications du code électoral⁴³⁵, parfois même dans les semaines qui précèdent un scrutin, ce qui est contestable.

C'est enfin un droit très adaptable. A partir d'une appréciation du contenu des propos tenus lors de réunions sous des préaux d'école, le juge de l'élection a développé le même raisonnement aux contenus des circulaires officielles et aux tracts en tous genres, puis aux émissions des médias audiovisuels et, avec encore quelques tâtonnements et hésitations, aux messages des sites internet. Mais la volatilité de ce média rend difficile la tâche du juge. La publication des sondages depuis l'étranger, l'utilisation des blogs font obligation aux juges de se montrer imaginatifs et réalistes.

*

⁴³⁵ Pour n'en citer que quelques-unes ces dernières années : décrets n°2006-1231 du 9 octobre 2006, n°2006-1244 du 11 octobre 2006, n°2007-99 du 25 janvier 2007, n°2007-989 du 15 mai 2007, n°2007-998 du 31 mai 2007, n°2007-1670 du 26 novembre 2007, n°2008-170 du 22 février 2009, n°2009-430 du 20 avril 2009.

Même s'il a donné l'occasion d'entendre des éclairages très variés, ce colloque a illustré les règles fondamentales du droit des élections. L'exposé historique de Stéphane Mouton nous en avait rappelé la genèse il y a deux siècles.

1- Le principe d'égalité devant le suffrage

Ses variations sont actuellement principalement illustrées par les articles L.52-8 et L.52-1 du code électoral. Le professeur Crouzatier a illustré les difficultés d'interprétation de l'article L.52-8, notamment de la notion de « dépenses électorales », dont le juge nous dit que ce sont celles qui sont engagées en vue de l'élection⁴³⁶. L'interprétation du second alinéa de l'article L.52-1 est mise sur le devant de la scène par le contentieux des élections régionales d'Ile-de-France.

Ces deux articles essentiels sont inspirés par des décisions antérieures du Conseil d'Etat, attentif à l'égalité des armes dans les campagnes électorales. Mentionnons cette décision du 16 janvier 1980, *Elections cantonales de Cusset*, Rec. p.24, où une élection cantonale a été annulée au motif qu'une importante commune du canton avait, pendant la campagne électorale et même le jour du scrutin, installé dans le bâtiment de la mairie où étaient installés six des dix bureaux de vote du canton, une exposition sur les questions d'alimentation en eau potable de la ville, sujet sur lequel avait notamment porté la campagne électorale. Inégalité des armes d'autant plus sanctionnée quand il s'agit de moyens publics. La jurisprudence doit élaborer ce que le président Logerot appelait des « compromis subtils » entre l'égalité entre les candidats et la liberté d'expression, presque sacrée en période électorale. Mais je crois que la passion des Français pour l'égalité est encore plus grande que celle qu'ils cultivent pour la liberté.

Le regard du droit comparé, qu'il s'agisse des Etats-Unis (Mme Mastor) ou de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (M. Bioy), est très intéressante.

2- La sincérité de l'expression du suffrage

Les campagnes électorales du XX^{ème} siècle ont été parfois marquées par les interventions d'autorités publiques ou morales destinées à peser sur le choix des électeurs autrement que par le débat d'idées. La jurisprudence traditionnelle est pleine d'exemples de pressions indirectes du préfet, de l'évêque, du chef d'entreprise, de promesses de dons et cadeaux.

Ce colloque a permis d'évoquer trois éléments qui menacent ou favorisent la sincérité de l'expression du suffrage : les médias, les sondages et le silence médiatique juste avant le scrutin.

Les médias

Depuis les années 1980, ce sont les interventions des médias qui donnent les meilleures illustrations des atteintes au principe d'égalité. La loi y fait prévaloir le principe d'égalité, comme le rappelait le président Baudis en détaillant les règles

⁴³⁶ CC, 6 novembre 1996, *AN Seine-Saint-Denis*, 13^{ème}, n°96-2096, Rec. p.123 ; - CE 17 juin 2005, *Denoual*, Rec. p.894)

applicables aux campagnes électorales pour l'élection présidentielle. Pourquoi ? D'une part, l'importance et la force de conviction du média radio et télévision rendent nécessaire son accès à tous les candidats. D'autre part, l'utilisation du domaine public. Mais quid de la presse écrite, dans un pays où la presse quotidienne régionale est, presque partout, dans une situation monopolistique ? C'est là qu'internet apparaît comme un grand progrès : c'est l'accès facilité aux médias des candidats petits et pauvres : ils peuvent, avec peu de moyens financiers, ouvrir un site internet et toucher un large public. Des campagnes récentes montrent l'impact très fort d'internet sur un large public qui se détourne des médias traditionnels et ne se rend jamais à une quelconque réunion politique.

Il faut évoquer la responsabilité des médias, notamment en cas de scrutin serré : l'influence de leurs émissions peut être grande, le contentieux a parfois annulé des scrutins du fait d'émissions partiales dans les jours qui précèdent les scrutins⁴³⁷. Le président Baudis relatait la tentation de certains supports de ne plus couvrir les élections quand la tâche apparaît trop difficile. Souhaitons que les grands médias adoptent un comportement responsable : on ne peut pas se réjouir d'être le « quatrième pouvoir » et traiter de façon désinvolte le processus électoral.

Les sondages

Il est bien difficile d'évaluer les effets de la publication effrénée de sondages au cours des campagnes électorales. Dans les mois qui précèdent l'élection présidentielle, ils sont plus d'un par jour. Les électeurs sont-ils majoritairement portés à voter utile et voler au secours de la victoire ou bien à redonner des chances aux candidats distancés ou encore atténuer l'ampleur d'une victoire annoncée ? Le professeur Ghevontian nous a rappelé que chaque élection apporte son lot d'exemples dans chaque sens. Il est vrai que des dynamiques électorales ont pu être lancées ou amplifiées par une série de quelques sondages favorables, que des candidats distancés dans les sondages soient entraînés dans des abîmes qui leur ont fait perdre leur crédibilité. Des contre-exemples existent de candidats élus malgré un démarrage très poussif où les sondages ne leur annonçaient pas la moindre chance de succès.

La loi du 19 juillet 1977 a longtemps interdit la diffusion de tout sondage la semaine précédent le scrutin, conduisant à des annulations⁴³⁸. Mais cette interdiction s'est affaïdie :

- pratiquement du fait de la diffusion de ces sondages depuis l'étranger. Quand il fallait aller à la gare du Nord à Paris acheter « La libre Belgique », c'était sans conséquence. Quand il a suffi de rester chez soi pour consulter le site internet de la « Tribune de Genève », la loi n'avait plus guère de sens.
- Juridiquement sous le primat de la liberté d'expression qui a semblé l'emporter sur l'expression de la sincérité du suffrage⁴³⁹. La diffusion des sondages est désormais autorisée jusqu'à l'avant-veille du scrutin (article 11 de la loi du 19 juillet 1977 dans sa version issue de celle du 19 février 2002).

⁴³⁷ CE 18 décembre 1996, *Elections municipales de Vitrolles*, Rec. p.507

⁴³⁸ CE 23 janvier 1984, *Elections municipales d'Etampes*, Rec. p.19 ; - CE 25 mai 1990, *Elections municipales d'Aix-en-Provence*, Rec. p.137

⁴³⁹ Cass. crim. 4 septembre 2001, Bull. crim. n°170

Le silence médiatique

On a entendu aujourd'hui l'expression de « recueillement républicain ». Je lui préfère celle de « silence médiatique », énoncé par l'article L.49 du code électoral, qui interdit d'une part la distribution de tout document le jour du scrutin⁴⁴⁰, d'autre part la diffusion, à partir de la veille du scrutin à zéro heure, de toute communication électronique de « tout message ayant le caractère de propagande électorale ». Pendant les heures qui précèdent le scrutin, après le tourbillon médiatique auquel sont soumis les électeurs, vient donc le temps de la réflexion calme. Plus de tracts dans les rues ni d'émissions politiques à la radio ou la télévision, les sites internet se figent et l'électeur prend sereinement sa décision. La clôture de la campagne électorale, qui était fixée au samedi soir à minuit pour la plupart des élections, vient d'être alignée sur la règle de l'élection présidentielle pour l'interrompre le vendredi soir à minuit. Ce sera une journée où les candidats et leurs équipes seront très actifs pour surveiller que tous les vecteurs de la propagande adverse se sont bien tus !

3- La grande révérence du juge électoral à l'égard du suffrage universel.

Le juge électoral statue au nom du peuple français, et considère toujours avec respect l'expression du suffrage universel. Même s'il est doté du pouvoir d'annuler – dans certains cas de réformer – le résultat d'un scrutin, il ne s'en reconnaît la légitimité que dans l'hypothèse où il est certain que le sens du scrutin aurait pu être inverse si son déroulement avait été conforme à la loi.

Pour éviter que la désignation des élus soit mise en doute pendant une trop longue période, le juge électoral doit être saisi dans des délais très brefs. Quiconque a constaté une irrégularité a quelques jours pour la mettre en forme par écrit : on ne lui laisse pas deux mois pour inventer des griefs ni reconstituer des événements qui n'ont pas existé. C'est dans ce bref délai de recours que le protestataire doit exprimer des conclusions à fins d'annulation et énoncer ses griefs : la notion de grief distinct est sévère en droit électoral. C'est aussi pour tenir cet impératif de ne pas laisser planer trop longtemps un doute sur la validité du mandat des élus que les candidats doivent déposer leur compte de campagne dans le délai de deux mois après le scrutin, et que le juge électoral ne dispose que de deux mois (trois mois en cas de renouvellement général) pour se prononcer. Le juge d'appel n'est pas contraint par le temps, mais s'efforce lui aussi de ne pas laisser durer trop longtemps l'incertitude.

Comme l'a rappelé Jean-Pierre Camby, le juge électoral ne vérifie pas systématiquement l'ensemble des suffrages, mais n'examine que les questions dont il est saisi.

Enfin, le juge électoral fait toujours preuve de pragmatisme et de réalisme. Les irrégularités, parfois établies de façon certaine, n'entraînent l'annulation de l'élection que si elles font douter du sens du résultat du scrutin. D'où la théorie résumée ce matin comme étant celle de « l'écart des voix ». Quand il doit apprécier les

⁴⁴⁰ Interdiction que l'article 4 de la loi n°2011-412 du 14 avril 2011 étend à la veille du scrutin, faisant du samedi veille du scrutin une journée exempte de toute propagande électorale, quel qu'en soit le support.

conséquences d'une irrégularité de propagande électorale, le juge examine plusieurs éléments :

- La nature des propos : sont-ils mensongers ou malveillants ?
- La date de la diffusion, qui détermine la faculté pour le candidat adverse d'y répondre. Un tract diffusé le samedi l'en empêche⁴⁴¹. Le caractère exceptionnellement injurieux ou diffamatoire des tracts diffusés, même plusieurs jours avant le scrutin, empêche parfois toute réponse utile et conduit à l'annulation de l'élection⁴⁴².
- L'étendue de la diffusion : plus elle étendue, plus est elle susceptible d'avoir exercé une influence sur le résultat.
- Et... l'écart des voix, qui n'est qu'un élément parmi d'autres. Un important écart de voix suscite la prudence du juge électoral, réservé à l'idée d'annuler un scrutin en se fondant sur une irrégularité de propagande alors que l'élection a été acquise très largement. Plus cet écart est faible, plus les irrégularités constatées ont pu avoir une influence et mettre en doute le sens de l'élection. Mais un écart plus significatif n'empêche pas l'annulation si les irrégularités ont été nombreuses ou particulièrement graves⁴⁴³.

La récente introduction de ces principes dans le code électoral n'apporte rien. Le nouvel article L.48-2 (article 3 de la loi n°2011-412) est inutile.

*

L'actualité du contentieux électoral se focalise surtout sur les règles de financement électoral, comme l'a rappelé le président Logerot. En effet, s'agissant du financement des campagnes électorales, les techniques que le législateur a – jusqu'à aujourd'hui – dictées au juge électoral sont fort éloignées de celles qu'il pratique habituellement et qui viennent d'être rappelées. Quand le juge a qualifié telle dépense d'électorale ou a déterminé l'existence d'une recette ou d'un avantage en nature qui auraient dû figurer au compte de campagne, il est entraîné dans un automatisme de conséquences que le candidat ne peut éviter que grâce à la bonne foi, dont la porte est étroite.

C'est ici qu'interviennent les éléments d'actualité détaillés par le professeur Maligner :

- La simplification des obligations faites aux candidats :
 - o Dispense de mandataire, de dépôt de compte de campagne et d'expert-comptable pour les « petits candidats » (moins de 1% des suffrages exprimés) à moins que le candidat n'ait bénéficié de dons de personnes physiques ouvrant droit à réduction d'impôt pour les donateurs⁴⁴⁴ ;
 - o Droit pour le mandataire à l'ouverture d'un compte bancaire⁴⁴⁵ ;
 - o Harmonisation des échéances de dépôt des comptes de campagne, que le scrutin ait été acquis au premier ou au second tour.

⁴⁴¹ CE 12 février 1990, *Elections municipales de Pantin*, Rec. p.792

⁴⁴² CE Sect., 22 décembre 1989, *Elections municipales de Cannes*, Rec. p.269

⁴⁴³ CE 10 février 1997, *Elections municipales de Saint-Paul*, n°178081, pour une élection dans une commune de 72 000 habitants, pourtant acquise avec plus de 57% des suffrages.

⁴⁴⁴ article 10 de la loi n°2011-412, modifiant l'article L.52-12

⁴⁴⁵ article 13 de la loi n°2011-412

- Un nouveau régime des sanctions. Jusqu'à présent la sanction était l'inéligibilité pour un an et seulement pour la même catégorie d'élection⁴⁴⁶, avec la seule exception de la bonne foi⁴⁴⁷. Désormais, le juge pourra moduler la durée de l'inéligibilité jusqu'à une période de trois années, et cette inéligibilité vaudra pour tous les scrutins, quelle que soit la catégorie d'élection⁴⁴⁸. A cette sévérité renforcée, le législateur est venu restreindre les cas où le juge prononce cette inéligibilité : « en cas de volonté de fraude ou de manquement d'une particulière gravité aux règles relatives au financement des campagnes électorales »⁴⁴⁹. En outre, s'agissant des modalités formelles de dépôt du compte, la loi ouvre au juge électoral la faculté de ne pas prononcer cette inéligibilité⁴⁵⁰.

Il sera très intéressant de suivre l'application qu'en feront les tribunaux administratifs et le Conseil d'Etat, à commencer par la question de savoir si ces nouvelles dispositions sont applicables aux contentieux en cours, et plusieurs intervenants d'aujourd'hui ont porté leur attention spécialement sur le contentieux « Elections régionales d'Ile-de-France », qui a fait l'objet d'une récente « question prioritaire de constitutionnalité »⁴⁵¹ et que le Conseil d'Etat devrait juger d'ici l'été. L'obligation de qualifier une irrégularité de « manquement d'une particulière gravité » et la faculté de moduler la durée de l'inéligibilité se révéleront très délicates pour le juge électoral, d'autant plus qu'une inéligibilité applicable à tous les scrutins équivaut à une exclusion de la vie politique pour la même durée. Quelle sera la pérennité de la législation sur le financement des campagnes électorales, pour qu'elle ne soit ni trop sévère – le législateur a voulu rectifier des automatismes qui lui semblaient excessifs – ni trop souple – le législateur a aussi donné des signaux de sévérité accrue et n'a pas entendu revenir sur le principe de cette sanction sévère qu'est l'inéligibilité ?

- Les sondages et leur utilisation au cours des campagnes électorales. Comme l'a exposé le professeur Ghevontian, la proposition de loi qui chemine a pour objet d'assurer une plus grande transparence de la réalisation des sondages politiques, d'éviter les pressions et les fausses informations, dont l'effet sur la sincérité du scrutin est difficile à quantifier. Mais quel effet aura la loi elle-même ? Incitera-t-elle à une présentation plus honnête des sondages ou créera-t-elle de nouvelles polémiques sur la sincérité et l'utilisation des sondages ? Il serait pourtant plus intéressant que les campagnes électorales développent des thèmes de fond relatifs aux options proposées par les candidats que des débats sur la façon dont la campagne elle-même se déroule !

⁴⁴⁶ CE Ass 23 octobre 1992, *Panizzoli*, Rec. p.376 ; - CC 29 septembre 1993, *AN Guadeloupe* 2^{ème}, n°93-1379/1380, Rec. p.322

⁴⁴⁷ Loi n°96-300 du 10 avril 1996

⁴⁴⁸ Nouveau 4^{ème} alinéa de l'article L.118-3

⁴⁴⁹ Nouveau 3^{ème} alinéa de l'article L.118-3

⁴⁵⁰ Nouveau 2^{ème} alinéa de l'article L.118-3

⁴⁵¹ CC 8 avril 2011, *M. Jean-Paul H., Financement des campagnes électorales et inéligibilité*, n°2011-117 QPC

Au cours de ce passionnant colloque, beaucoup d'idées ont été émises. Laissons-les mûrir. Le temps ne me semble plus à l'action législative immédiate : attendons que la Commission nationale des comptes de campagnes et la jurisprudence du Conseil d'Etat régulent les imperfections des lois adoptées définitivement ces derniers jours.

Sinon, gardons la vertu de prudence et souhaitons que législateur conserve une « main tremblante » avant de remettre son ouvrage sur le métier. Les modifications des règles électorales n'ont pas toujours les effets escomptés par leurs initiateurs. Les comportements des candidats et les mouvements de l'opinion sont difficiles à prévoir. Rappelons-nous les surprises de quelques soirées électorales.